BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
B
659
NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

592549

Digitized by Google

DOMINICI
AULISII
J. C. CLARISSIMI,
Et in Neapolitano Gymnaſio Juris Civilis Interpretis celeberrimi,
COMMENTARII.

BIBLIOTECA NAZIONALE VITTORIO EMANUELE III NAPOLI

Digitized by Google

Digitized by Google

Race. Vill B 659

DOMINICI
AULISII

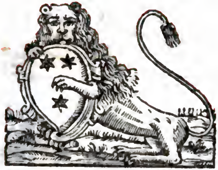
J. C. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnaſio Juris Civilis
Interpretis celeberrimi,

COMMENTARII

AD TITT. PANDECTARUM

DE ACQUIR. VEL AMITT. POSSESS.
DE VERBOR. OBLIGAT.
DE LEGAT. ET FIDEICOMMISS.
SOL. MATR. QUEMADM. DOS PETAT.



NEAPOLI, M.DCC.XIX.
Apud Nicolaum Naſum Typographum.

SUPERIORUM PERMISSU, ET PRIVILEGIO.

Digitized by Google

Digitized by Google

Ampliss. ac Doctiss. Viro Patricio

CAJETANO ARGENTO,

Regiam Cancellariam Regenti, & S. R. C. Neapolitani Praeſidi Meritiſſimo.

OCTAVIUS-IGNATIUS VITALIANUS

S. P. D.

ETsi non dubito, quaſi voto quodam & promiſſo me teneri, Praeses Amplissime, quod aliquid mea elaboratum induſtria, cum ſele-

Digitized by Google

AMPLISS. AC DOCTISS. VIRO PATRICIO

CAJETANO ARGENTO,

Regiam Cancellariam Regenti, & S. R. C.
Neapolitani Praeſidi Meritiſſimo.

OCTAVIUS-IGNATIUS VITALIANUS

S. P. D.

ETSI non dubito, quaſi voto quodam & promiſſo me teneri, PRAESES AMPLISSIME, quod aliquid mea elaboratum induſtria, cum ſele-

Digitized by Google

ctiſſimis Arnoldi Vinnii Quaeſtionibus Tuum inſcriberem Nomen, oblaturum Tibi aliquando promiſerim; idque poſtularet tum fides promiſſi, tum mea in Te obſervantia, ex humanitatis in me Tuae praeclaris orta monumentis: meipſum tamen Dignitas Tua ſemper & Perſona deterruit, verentem ne Nomen tanti Viri, in omnibus artium ſtudiis liberaliſſimi doctriniſque verſati, non ſatis perfecto abſolutoque operi praeponere, prudentis hominis non eſſet. Nunc, ut vere dicam, pene accuſo modeſtiam meam; quod dum timebam ſcribere quidquam, Tibique offerre, Tua fecit ſingularis humanitas, ut quod occaſione data pro Clientibus ſcripſerim, non ſolum probares, ſed etiam laudares. Ita factum eſt, ut & puduerit me pudoris mei, quod munus promiſſi conficere auſus non ſim, cum tamen maxime vellem; & iſta voluntatis erga me Tuae declaratione, iſtis etiam laudibus, quibus non ſemel cumulaſti, admirabili quodam ad ſcribendum ſtudio concitatus impellar: neque enim uberiorem fructum, aut praeſtantiorem mercedem, ex meis laboribus expectare unquam poteram, quam quae ex Tuo judicio percipitur. Quamvis vero ad promiſſi fidem ſervandam, niſi tempus & ſpatium datum eſſet, vigiliarum mearum munus dare non potuiſſem; non adeo tamen abjectam ſpem, remque tam deſperatam eſſe putavi, ut interea opus praeclariſſimum, in quo multum ego & operae & laboris conſumſerim, offerre Tibi diffiderem. Id autem quemadmodum, quave occaſione factum

ſit,

ſit, dabo operam, ut a principio poſſis cognoſcere. Vixdum tertio ab hinc anno clariſſimus Vir, Juriſque Conſultiſſimus, Dominicus Auliſius, ſummo cum omnium dolore, ac literarum detrimento, mortem obierat; cum vetus ejus familiaris Petrus Giannone, Vir quidem ea doctrina praeditus, qua Tibi chariſſimus eſt, & qua etiam inter primos fori Neapolitani Juriſconſultos merito cenſetur, veritus ne tanti Viri egregia ſcripta tum de rebus ad Juriſprudentiam pertinentibus, tum de variis artium ſtudiis ac diſciplinis, maxima cum omnium pernicie interirent, diligentiſſime id molitus eſt, ut in ſuas manus pervenirent. Hoc autem non ſine maximo labore & induſtria conſequutus eſt; quam tamen libentiſſime adhibuit, tum pro ea familiaritate, quae ei erat cum Viro illo clariſſimo, qui non ſemel quae ſcribebat cum eo communicaverat; tum ut gratus & pius eſſet erga Praeceptorem quondam ſuum. Verum haec eadem, quae, ut ita faceret, Viri defuncti fidum, ſtabilem, & conſtantem Amicum impulerunt, fecerunt etiam, ut ſubito in mentem veniret, maximam inferri injuriam Viro egregie de literis merito, ſi ea ſaltem ſcripta celeberrima, quae tum in noſtro Neapolitano Gymnaſio, tum domi olim, privatim ac publice, magna cum Auditorum frequentia dictaverat, publicis literis non conſignarentur: quin & Patriae dignitatem, & publicam omnium utilitatem, & Exterorum objurgationem, dignam ſane quae in homines noſtros ſu-

ſciperetur, id non poſtulare ſolum, ſed etiam flagitare. Quemadmodum enim iraſceremur Nosipſi vel Gallis, ſi ſcripta Jacobi Cujacii, vel Batavis, ſi illa Arnoldi Vinnii, in privatis bibliothecis etiamnum deliteſcerent; ita Exteri maxima quidem admiratione afficerentur, ſi quas cupiditates iracundiaſque pro ſuis Scriptoribus Jure cohibere non poſſemus, eaſdem pro Noſtris ſummo cum animi languore ac ſopore reſtingueremus. Idque cum dicebat Vir doctiſſimus, ſatis indicare atque innuere videbatur, quanta eſſet cognatio hujus noſtri praeclariſſimi Juriſconſulti cum ipſo Jacobo Cujacio, Arnoldo Vinnio, ceteriſque Scriptoribus, qui ſuperioribus ſeculis Romanae terminos Jurisprudentiae protulerunt. Quid enim aut ex veterum Juriſconſultorum, aut ex legum priſcarum, aut ex canonum Eccleſiae fontibus, derivari poterat, quod ille non & cogitatione comprehendiſſe, & ante oculos propoſuiſſe, & Romanarum Eccleſiaſticarumque Antiquitatum notitia comprobaſſe videatur? Accedit etiam & ſtyli elegantia, & puritas ſermonis, & expedita docendi methodus; ut plane dicendum ſit, multis nominibus Virum egregium opem tuliſſe Romanae Juriſprudentiae: & ubi horum ſingula per ſe in paucis Scriptoribus excellere noſcimus, in eo omnia conjungi, quae perfectum undique Juriſconſultum poſſunt reddere. Juſtum itaque atque honeſtum conſilium capi videbatur, ſi curaretur, ut unde multum ad communem utilitatem emanare poſſet, id non la-

teret

teret in tenebris, aut pauciſſimis per manus imperti-
retur, ſed publici Juris factum maximum omnibus
afferret emolumentum, qui bonae Juriſprudentiae na-
vant operam. Sed ut eſt in proverbio, quae pulchra
ea & difficilia ut plurimum eſſe ſolent: tanta quippe
erant aenigmata, tenebrae, atque obſcuritates, quas
afferebant tum ſingularis literarum forma, tum cre-
bra, eaque inſolita, ſyllabarum coarctatio, tum etiam
frequentiſſimae additiones, liturae, notulae, quibus
undique obruebantur Defuncti autographa, ut Au-
ctorem ipſum, quo percipi poſſent, non Interpretem
ſolum poſtularent. Quae quo plura eſſent, eo magis
magiſque Vir prudentiſſimus metuebat, ne id conſi-
lii caperet, quod non facile explicare poſſet: neque
enim propter ſummas ac moleſtiſſimas fori occupatio-
nes, quibus eſt implicatus, tantum otii nanciſci pote-
rat, quantum res ipſa tot obſtructa difficultatibus exi-
gere videbatur. Verum ut auxilium ſibi ſe putat ad-
junxiſſe, qui cum altero rem communicavit: ita fa-
ctum eſt, ut cumprimum ab Amico officioſiſſimo de
re tam pulchra aeque ac difficili ſermo mecum inſti-
tueretur, onus hoc laboris libentiſſime mihi ſuſcipien-
dum putarem: ſiquidem exiſtimavi, quod ſumma rei
utilitas, & quaedam quaſi pulchritudo, laborem om-
nem ac difficultatem leviorem eſſet redditura. Cum-
que in omnibus negotiis, priuſquam aggrediare, prae-
paratio quaedam diligens adhibenda ſit; mihi impri-
mis propoſui rem quamlibet, de qua ſcriberetur, ſum-
matim

Digitized by Google

matim percipiendam eſſe, quamvis ad verbum plurima particulatim non caperentur; tum facibus his praeeuntibus, quas rerum ſenſus praeferebat, verbi cujuslibet literas, ſyllabarumque nexus comprehendendos, & quo ordine contenta in notulis collocari deberent, ſedula cogitatione conquirendum: ita enim fieri arbitratus ſum, ut & in ipſius Auctoris conſuetudinem ſcribendi me inſinuarem, & certam latamque viam perſequerer, qua ad id, quod vellem, pervenire poſſem. Neque haec opinio, & ſpes, & conjectura me mea fefellit, cum ſuſceptum conſilium rei exitus atque eventus comprobaverit. En igitur Commentarii illi quatuor, quos Vir egregius in publico Gymnaſio dictabat, tam fideliter ex autographo, tanquam e denſiſſimis tenebris eruti, quam, ſi viveret Auctor ipſe, optare magis aut ſperare debuiſſet. Eoſdem vero ut Tibi offerrem, non una me ea ratio impulit, ut interea promiſſi munus ex parte conficerem. Neque enim ab re etiam erat, ut emitterem Tuo Nomini dicata Viri illius ſcripta, cujus opinio virtutis, & ſuavitas ſermonum atque morum, ſtabilem Tecum veramque amicitiam peperit, aluit, & ad extremum vitae diem conſervavit. Cum itaque verae amicitiae ſempiternae ſint, amicitiae officium & jus praeſtabis, ſi eos a conſilio detrahendi Tua deterreat Auctoritas, qui aut vere judicare de Amico mortuo propter inſcitiam non poſſunt, aut bene ſentire propter malevolentiam nolunt.

lunt.

lunt. Quid quod & ipſa Operis praeſtantia non aliam, quam Nominis Tui praeſtantiſſimi inſcriptionem poſtulare videbatur. Etenim quemadmodum operis ſui non bene redderet rationem Architectus, qui poſteaquam maximam atque egregiam aedificaſſet ornaſſetque domum, ejus tamen fronti nullum inſtituiſſet ornamentum, quo magis id, quod in interiori domus parte pulcherrimum eſt, extare quodammodo foras atque eminere poſſit: ita & quae in optimo libro ſunt incluſa, quaſi opprimerentur, imo etiam negligerentur, niſi ejus fronti graviſſimi ac praeclariſſimi Viri Nomen, tanquam faſtigium, imponeretur. Utinam vero, PRAESES AMPLISSIME, doctiſſimorum Virorum, quorum Nomen inſcriptum huic operi ornamento eſſet, copiam tantam haberemus, ut haec mihi deliberatio difficilis eſſet, cujusnam potiſſimum Nomen tam praeclaro, tamque egregio Operi, praeponendum putarem. Nunc vero, cum ſis unus, qui non eorum omnium tantummodo, qui nunc vivunt, famam atque laudem, ſed eorum etiam, qui doctrina, honoribus, rerum geſtarum gloria olim floruerunt, memoriam omni genere virtutis ſuperaſti, quid eſt in hac parte, quod rem minime dubiam, dubiam efficere poſſit? Ego enim ſic exiſtimo, in Viro, cujus patrocinium quaerimus, tres has res ineſſe oportere, ſcientiam diſciplinarum, virtutem, auctoritatem. Quem igitur alium, niſi Te, Operi huic patronum aſciſcere poteram, cujus ſcientiam de omnibus

nibus liberalium artium diſciplinis, ſtudiiſque doctrinarum eſſe conſtat? cujus eximiae Virtutes, Modeſtia, Juſtitia, Gravitas, Facilitas, Humanitas, morum Innocentia, ita ſunt pares inter ſe atque aequales, ut quam commemorando potius laudes, ſeligere non poſſis? cujus vita in rebus magnis perſpecta, ac ſuperioris aetatis ſtudia, ſupremae fructus auctoritatis ceperunt? Sed vereor ne tot tantaſque, quibus abundas, laudes, minuere potius, quam extollere videar: ſiquidem neque pari oratione commemorari, neque unius Epiſtolae finibus concludi poſſent. Omnia itaque praetermitto, & ad id, unde digreſſa oratio eſt, redeo: nempe ut accipias interim, obſecro obteſtorque, hoc quod eſt argumentum obſervantiae in Te meae. Quod ſi meam, ut ſpero, induſtriam atque conſilium probaveris; & quae ſumma ſunt, omnia me conſequutum putabo, & Operis dignitati abunde proſpexiſſe,& Viri eximii laboribus optime conſuluiſſe videbor. Vale. Kal. Auguſt. Anno M.DCC.XIX.

Digitized by Google

TYPOGRAPHUS
AD LECTOREM.

Solent eſſe, quæ minus expectantur, jucundiora. Nihil vero præclariſſimi Viri Dominici Auliſii commentariorum editione minus erat expectatum, apud illos maxime, qui ejus autographum viderant: ſive enim formam characteris, ſive mutationes, emendationes, notulas, aliaque id genus crebris locis occurrentia, inſpexiſſes; ejus editionem facere, rem pene deſperatam credidiſſes. Sed tot tantaſque difficultates poſt multos labores atque vigilias induſtria honeſti cujuſdam Viri tandem ſuperavit, qui de Patriæ decore atque maximo ornamento, ſicut & juventutis utilitate atque emolumento, ſollicitus, omnem movit lapidem, ut ex tam implicato obſcuroque autographo, Maximi Viri opera tanquam ex tenebris ad lucem revocarentur. Quamvis autem multa ſint obvia horum commentariorum exempla, ab adoleſcentibus nempe exſcripta, dum Ille in Gymnaſio dictabat; omnia tamen pluſquam tertia parte ſunt manca, & mutilata; tum ob temporis anguſtiam, quæ multa inter dictandum reſecare cogebat, tum ob magnitudinem & difficultatem rerum quarundam, quæ ſub tyronum intelligentiam non cadere credebantur. Ordo librorum Pandectarum poſtulabat, ut alio ordine hos

com-

Digitized by Google

commentarios exhiberem; ſed hoc nihil eſt, & paratam habeo excuſationem, quod autograbum cujuslibet commentarii typis mandaverim, prout mihi habere integrum fuit. Si aliam editionem faciam, alium ordinem tenebo. Interim reliquorum operum, quæ ad Juriſprudentiam pertinent, editionem paro. Hanc itaque accipe, illam expecta, meumque juvandi ſtudium commenda. Vale.

IL

Digitized by Google

EMINENTISS. SIGNORE

LO Stampatore Niccolò Naſi ſupplicando eſpone a V.Em. come deſidera dare alle ſtampe alcuni trattati legali del quond. Domenico d'Auliſio, che fu Lettore della Catedra primaria delli Regii Studii. Ricorre pertanto da V.Em. e la ſupplica ordinarne la reviſione a chi meglio le parerà, ut Deus.

Rev.D.Nicolaus Pollio U.J.& Sac.Th.Doct.& Mag. revideat, ac referat. Neap.16. Maji 1719.

D. Nicolaus Can. Rota Pro-Vic. Gen.
D.Pet.Marc.Gypt. Canonic.Deputat.

EMINENTISSIME DOMINE;

AUthoritate Em.V. legi Tractatus legales Authore præclariſſimo Juriſconſulto, ac Primario Lectore Regiæ Univerſitatis, Dominico Auliſio; & in eo nihil reperi, quod noſtræ Catholicæ Fidei dogmatibus, bonis moribus, aut Eccleſiaſticæ Juriſdictioni adverſetur: quare ſi ita Em.V. viſum fuerit, poſſe typis mandari cenſeo. Neapoli die 20. menſis Junii 1719.

Humill. & obſequentiſſ. Serv.
D.Nicol.Pollio U.J.& Sac.Th.D.& M.

Attenta ſupradicta relatione D. Reviſoris, Imprimatur. Hac die 26. Jun. 1719.

D. Nicolaus Can. Rota Pro-Vic. Gen.
Jan. Majellus pro Canon.Deput.

EC-

Digitized by Google

ECCELLENTISS. SIGNORE

LO Stampatore Niccolò Naſi ſupplicando eſpone a V. Ecc. come deſidera dare alle ſtampe l'opere legali del fù Dott. Domenico d'Auliſio già Lettor primario di queſta Univerſità. Pertanto prega l'Ecc. S. a volere commetterne la reviſione a chi meglio le parerà, per ottenerne la ſolita licenza, ut Deus.

V. J. D. Octavius-Ignatius Vitalianus videat, & in ſcriptis referat.

GAETA REG. MAZZACCARA REG. ALVAREZ REG.
GIOVENE REG.
Sp. R. DE MIRO abſens,
Ill. DUX LAURIÆ non interfuit.

Proviſum per S.E. Neap. 14. Jun. 1719.
Maſtellonus.

EXCELLENTISS. DOMINE;

TRactatus, quos ad inſtituendam, erudiendamque in Juriſprudentia juventutem, ſcripſit noſtri Seculi Juriſconſultorum Princeps; Dominicus Auliſius, Excellentiſſime Domine, jubente Te perlegi; nihilque in eis reperi, quod aut juribus Principis, aut bonis moribus adverſetur: omnia vero, quæ & ſtyli elegantia,& magnitudine rerum, veterum Juriſconſultorum ſermonem redoleant. Utiliſſimos itaque cenſeo, atque digniſſimos, qui ad publicum cupidæ legum juventutis commodum publici Juris fiant. Quinimmo ferendum diutius non eſſe arbitror, ut lateant in tenebris,& apertam lucem non videant,ſcripta Viri illius,quem e Germania, Gallia, Anglia, aliiſque longinquis Provinciis, famæ celebritate permoti, tot Viri præclariſſimi,tantum ut viderent velut alterum Cujacium, Neapolim advenerunt. Hanc ego ſententiam teneo; ſupereſt ut Excellentiæ Tuæ ſuffragio confirmetur. Neapoli Pridie Kalendas Jul. Anno M. DCC. XIX.

Humillimus, atque addictiſſimus Servus
Octavius Ignatius Vitalianus.

Exequatur ſervata forma ſupradictæ relationis.

GAETA REG. MAZZACCARA REG. ALVAREZ REG.
GIOVENE REG. FALLETTI REG.
Sp. R. DE MIRO abſens,
Ill. DUX LAURIÆ non interfuit.

Proviſum per S.E. Neap. 3. Julii 1719.
Maſtellonus.

DO.

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI

De acquirenda, vel amittenda Poſſeſſione, ad *lib.* 41. *Pandectarum tit.* 2.

EGIT Juſtinianus ſuperiori libro de Actionibus præjudicialibus, quæ ſunt de ſtatu, hoc eſt, de Libertate aut Servitute, de Ingenuitate aut Libertinitate, de quibus majores Judices cognoſcunt. Majores Judices ſunt, qui vice ſacra judicant, ut Præfecti Prætorio, Proconſules, Vicarii: qui ſecus, ſunt minores, ut Rectores Provinciarum, Correctores. Ita quoque Præfectus annonæ minor judex eſt, Præfectus urbi major, *l.* 5. *C. de offic. Rector. Provinc.* Ræward. 3. *conjectan.* 10. Gothofr. *in C. Theod. l. un. tit. de omiſſa action. impetrat.*

Nunc ſibi ad Interdicta viam parat, quæ inſtar actionum ſunt, & actiones appellantur ſæpe: imo hodie converſa in actiones ſunt, *§. ult. Inſtit. de Interd.* Quia enim Interdicta a poſſeſſione dependent, & de ea omnino agunt, ideo Juſtinianus, rem more ſuo aliquanto longius repetendo, de Poſſeſſione prius agere inſtituit, tum hoc Digeſtorum libro, tum etiam ſequenti, ubi plurima de miſſione in poſſeſſionem per ſententiam agit, quoniam miſſionem Q. Mutius reponebat inter genera poſſeſſionum, ut hic in *l.* 3. *§. ult.* Verum non agit de miſſione in poſſeſſionem legatorum, aut ventris nomine, aut damni infecti, quas miſſionum cauſas e re nata antea explicaverat.

His itaque explicitis, tandem *lib.* 43. de ipſis Interdictis, ſive extraordinariis Actionibus, quæ pro his competunt, ſermonem orditur.

Hæc eſt in his 4. libris generalis Titulorum connexio, quæ vulgo *Continuatio* dicitur, a Græcis Juriſconſultis *συνέχεια*, ut Cujac. in

Digitized by Google

Paratitlis ad titul. anteced. monet. Verum non his tantum contentus fuit Juſtinianus; ſed quia inter Poſſeſſionem & Dominium ſæpe fit aut collatio, aut diſtinctio, & per poſſeſſionem plerumque acquiritur dominium, & interdicto de poſſeſſione præparatur & ordinatur cauſa de jure & dominio, *l.ſi de vi, ff.de judic. l.liberis, §.ult. ff.de liberali cauſa, l.incerti, C.de Interdictis*; propterea, ut omnia clare & diſtincte percipi poſſent, multa de ipſo Dominio inculcat; nam *tit.* hujus libri 1. de *acquirendo rerum dominio* agit: *tit.3. & ſeqq. de Uſurpationibus & Uſucapionibus* earumque ſpeciebus.

Tria demum ſunt, quæ hic obſervari merentur. I. in compilatione Codicis, contra quam hic in Pandectis fit, prius de Uſucapionibus agi, tum de Poſſeſſione. Non diſſimiliter in *Codice* titulus *de Edendo* præponitur titulo *de in jus vocando*, qui ordo in Pandectis pervertitur. Nempe verum eſt quod Vaconius 47. *obſerv.* 1. monet, Tribonianum in copulandis titulis non ita ſcrupuloſe proceſſiſſe, ut vulgo Doctores opinantur.

II. In Pandectis Florentinis titulum ita concipi, *De acquirenda vel omittenda poſſeſſione*: quod librariorum incuria factum videtur, & pro *omittenda* reponendum *amittenda*, ut poſt Lælium Taurellum monet Antonius Auguſtinus 1. *emendat.* 2. nempe quia poſſeſſio amittitur, non etiam omittitur; quamquam ſecus ſit de hereditate, quæ non amittitur; nam qui ſemel heres eſt, de jure civili nunquam heres eſſe deſinit: omittitur tamen, ſi heres obventam ſibi hereditatem repudiet: propterea titulum habemus *De acquirenda, vel omittenda hereditate*; quæ utique omiſſio in poſſeſſione locum non habet; poſſeſſio enim non jure obvenit, ſed facto acquiritur.

III. Quamvis in Pandectis titulus ſit, *De acquirenda, vel amittenda poſſeſſione*, tamen in Codice ita concipi, *De acquirenda, & retinenda poſſeſſione*; prorſus ut in Digeſtis *Retentionis*, in Codice *Amiſſionis* mentio deſiderari videatur. Quæ tamen omnia in idem recidere putat Accurſius, quia qui duo ex his cognoſcit, facile cognoſcit & tertium.

De nomine Poſſeſſionis.

Quæstio I.

Poſſeſſionis nomen non unius ſignificationis eſt, ſed ad varia, eaque plurimum inter ſe diverſa ſe extendit.

I. Poſſeſſio pro ſuo effectu de jure civili ponitur, & Uſucapionem denotat per metonymiam, ut in *l.denique, ff.ex quib.cauſ.major.* ubi eleganter a Papiniano dicitur: *Poſſeſſio ſine poſſeſſione non conſiſtit*. Quippe idem poſſeſſionis vocabulum in eadem oratione bis poſitum, aliam in uno, aliam in altero loco ſignificationem habet: initio enim ſumitur pro Uſucapione, deinde pro detentione, quæ eſt ex juſta cauſa acquirendi. Quæ figura græcè

εὲ πλοκὴ ideſt *nexus* vocatur, notante Donato ad Terentium non ſemel: & non infrequenter reperitur in jure. Ita in *l.quæritur*, *§.mulierem*, *ff.de Ædilit.edicto* habetur: *Mulierem ita arctam, ut mulier fieri non poſſit, ſanam non videri conſtat*; ubi Mulier primo loco eſt quæcunque fœminei ſexus eſt; ſecundo eſt corrupta. Alia exempla profert Cujacius 14.*obſ.*28. Quocirca decipiuntur quotquot in verbis Papiniani initio pro *poſſeſſione*, uſucapionem reponunt.

II. Etiam per metonymiam ponitur pro ſuo effectu de jure gentium, qui eſt proprietas & dominium: interdum enim proprietas quoque verbo *Poſſeſſionis* deſignatur, veluti ſi quis ita dicat, *Do lego poſſeſſiones meas*, *l.interdum*, *ff.de verb.ſignif.* & qui poſſeſſiones ſuas pignori ſupponit, de dominio locutus intelligitur, *l.*5. *C.ſi pignus pignori datum ſit*: ut pariter de eo eſt, qui poſſeſſiones ſuas vendit, *l.initio*, *C.de pactis inter emtor.* Utrum autem Poſſeſſionis nomen ita acceptum fundos & res ſoli tantum comprehendat, an vero ad res etiam mobiles ſe extendat, varia opinio eſt.

Et quidem ad res tantum ſoli porrigi, docet Bartolus contra Cynum in *l.uxorem*, *§ legaverat*, *ff.de leg.*3. & conſtat ex *l.ab executione*, *C.quor. appellat.* ubi palam res mobiles a poſſeſſione diſtinguuntur; nam primò dicitur, *Si res mobilis eſt*: deinde, *Quod ſi de poſſeſſione, vel de fundis,&c.* Et paſſim in jure noſtro, cum id poſſeſſionis nomen explicatur, res ſoli deſignantur, *l.Imperatores*, *ff.de ſervit. ruſtic.l.*38. *ff.de minor. l.*1. *C.de omni agro deſerto.* Ita etiam D.Gregorius, & Symmachus, ut notat Franciſcus Juretus ad *epiſt.*69. *lib.*1.

Comprobat *Clem. exivi*, *§.porro*, *verſic. cumque annui*, *de verbor.ſignif.* quam Cynus perperam ſecum facere putat. Nam cum regula D.Franciſci eſſet, *Fratres nihil ſibi approprient*, *nec domum*, *nec locum*, *nec aliquam rem*, Clemens V. monet, his verbis prohiberi etiam annuos cenſus, ut qui ſtabilium jure cenſentur: prohiberi etiam poſſeſſiones, nempe quia res ſtabiles ſunt. In italico tamen idiotiſmo poſſeſſionum nomine prædia ruſtica deſignantur, Lucas de Penna in *d.l.*1. *C.de omni agro deſerto*.

Demum notatu dignum eſt, hoc ſenſu intelligi *l.ſciendum*, *§.creditor*, *ff.qui ſatiſd. cogant.* ubi creditor, qui pignus recepit, poſſeſſor eſſe negatur: nam cum de ſatiſdatione *judicio ſiſti* in ea *l.* agatur, quam evitare illi tantum poſſunt, qui vel in urbe, vel in agro res ſoli poſſident, aut ex aſſe, aut pro parte; merito poſſeſſionis verbum non de quacunque poſſeſſione in ea *l.* ſed de ea, quæ cum proprietate conjuncta eſt, & in jure dominii conſiſtit, erit accipiendum. Ita Accurſ. Bart. & alii cum Fabro *ibid.* Valentia *hoc tit. cap.*11.*num.*13. Hoc ſenſu etiam Poſſeſſionis nomen accipitur in *l.ſi de vi*, *ff.de judic.* in *l.qui cœtu*, *ff.ad l.Jul. de vi publ.* in quibus quæ prius dicitur Poſſeſſio, deinde Proprietas & Dominium appellatur. Ita etiam in *l.*4. *C.de contr. emt.* ut ſuis locis videbimus.

III. Poſſeſſio uſurpatur pro commodo, quod a poſſeſſione bonæ fidei oritur, uti eſt fruitio, *l.*2. *C.Theodoſ.de maternis bonis*, illis verbis: *Ita*

Digitized by Google

eas (maternas res) haberi placet in parentum poteſtate , ut dominium tantum poſſeſſionis uſurpent. Agit ibi Conſtantinus Magnus de maternis bonis filio in poteſtate conſtituto delatis , & negat ea patri pleno jure acquiri , quia contentus eſſe debet poteſtate fruendi , ut ea alienare non poſſit. Eam poteſtatem fruendi,ſeu dominium uſusfructus,Imperator *Dominium poſſeſſionis* appellat,ut *ibid.in notis* Gothofr.monet. Eodem ſenſu *Dominium poſſeſſionis* legitur in *l.1. C. Gregor.ſi ſub alterius nomine.* Quamvis enim Fructuarius rei dominus non ſit,*l.1.§.1.ff.ad Syllan.l.recte dicimus,ff.de verb.ſignif.* tamen vere dominus uſusfructus eſt, quem ab alio poſſeſſum vindicare poteſt , *tit. ff. ſi uſusfr. petat.*

Itaque *Dominium poſſeſſionis* in citatis juribus eſt , quod *Dominium uſusfructus* dicitur in *l.3. ff.cit.tit.* & in *l.in venditione , ff.de reb.auct.jud. poſſid.* Et perperam Cujacius hæc ut diverſa enumerat hic in *l.interdum.*Sic *Dominium uſus* habetur apud Senecam 7. *de benefic. cap.6.* ubi Locatorem, & Conductorem ait ejuſdem rei eſſe dominum , *alterum rei , alterum uſus.* Dominium rei eſt , quod dicitur *Dominium proprietatis , l.4. C.de probation. l.ſi tibi , ff.quib. modis uſusfr. amittat.* ſiquidem proprietas ipſa rei ſubſtantia eſt , *l.locum , §.proprietarius , ff.de uſufr. l.2. §.quædam , ff.de interdictis .*

IV. Poſſeſſionis nomen ſignificat prædium Reipublicæ vel Principis ; cujus nos nonniſi uſum habemus , ut in *l.1. C.de fundis rei privatæ,lib.11.* & docent verba Jaboleni in *l.quæſtio, ff.de verbor.ſignif.* ibi: *Quidquid enim apprehendimus , cujus proprietas ad nos non pertinet , aut nec poteſt pertinere , hoc Poſſeſſionem appellamus . Poſſeſſio ergo uſus , Ager proprietas loci eſt.* Quæ verba multos deceperunt , ut videre eſt apud Merendam 2. *controv. jur.*16. Et ſane perperam accepta ſunt a Charonda 1.*πειθανῶν* 6. & Baudio *variar. q.4. num.2.* dum opinantur , hic a Jaboleno Poſſeſſionis definitionem tradi . Quod longe aberrat a vero ; quippe Juriſconſultus nihil aliud intendit, niſi ut differentiam inter *Poſſeſſionem*,& *Agrum* tradat: & Agrum dicit eſſe fundum , cujus proprietas noſtra ſit : Poſſeſſionem vero denotare fundum vel prædium , cujus uſum tantum habemus , proprietatem vero nec habemus , nec habere poſſumus , cujuſmodi ſunt ſtipendiaria, & tributaria prædia, quorum dominium ad nos non pertinet,ſed ad Rempublicam, vel Principem , *l.ſi finita , §.ſi de vectigalibus , ff.de damno infecto , l.cum ſponſus , §.in vectigalibus , ff.de Public. in rem act. l.ſi domus , §.ſi fundus , ff.de leg.1.* Quippe agri bello capti Reipublicæ vel Principi addicebantur , a quo aliis concedebantur , non jure dominii , ſed ad uſum tantum , ſub ea lege , ut tributum Principi, vel ſtipendium Populo ſolverent : indeque factum eſt , ut ea prædia *Poſſeſſiones* dicerentur , ut latius notat Cujacius in *d.l.quæſtio* , Briſſonius 4. *antiq.1.* Valentia *de poſſeſſionis eſſentia cap.2.* Hi agri provinciales erant , & *nec mancipi* dicebantur , ut eſt apud Aggenum Urbicum *de limitib.agror.* nam agri, qui in ſolo Italico, erant *Mancipi* , Ulpianus *tit.19. de dominiis & acquiſitionibus rerum* , §.1. quæ tamen

men

men differentia ſublata eſt a Juſtiniano in *l.un.C.de uſucap. transform.*& in *§.per traditionem , Inſtit. de rer. diviſ.*

Ita ergo capiemus Ælium Gallum , qui apud Feſtum ait : *Poſſeſſio eſt uſus quidam agri aut ædificii, non ipſe fundus aut ager* ; quamvis Cujacius hic in Paratitlis , & in *l.*1. *ff.eod.* tradat , veram Poſſeſſionem definiri , & *Uſum* accipiat pro detentione , non pro eo , quod Græci *χρῆσιν* dicunt. Itaque , ut concludamus , Poſſeſſio hic eſt , quod *Feudum* dicimus : aut certe hinc *Feudorum* origo petenda eſt .

V. Tandem Poſſeſſio , prout in noſtra Rubrica accipitur , detentionem , ſive detentationem rei ſignificat ; quippe, ut Paulus in *l.*1. advertit, græce dicitur *κατοχὴ* , quod nonniſi detentionem notat , quaſi dixerit , licet Poſſeſſio græce dicatur *νομὴ* , tamen definiri per *κατοχὴν*. Unde factum eſt , ut hæc Poſſeſſio dicatur Diacatochia in *l.*7. *C.de omni agro deſerto lib.*11. ſicut Diacatochus vocatur Poſſeſſor in *l.*1. *C.Theod. de Fiſci debitor.* ubi Jacobus Gothofredus .

Hæc Poſſeſſio ita nuncupata eſt a *poſitione pedum* , ut in *d.l.*1. habetur. Uſu enim apud Veteres receptum fuit, ut ex pedum poſitione prædiorum poſſeſſionem nanciſcerentur : unde Deuteron.11. *Omnis locus , quem calcaverit pes veſter , veſter erit*. Quamvis enim & aliis corporis partibus rerum poſſeſſio acquiratur , ut manibus , imo & oculis ; a pedum tamen poſitione nomen habuit , quod hinc frequentius rerum præſertim immobilium Poſſeſſio originem traxerit . Hanc notationem tuentur Connanus 3. *Comm.*8. Waltherus 2. *miſcell.*19. Giphanius *hic* , aliique .

Verum Alciatus 1. *diſputat.*1. negat ſcire ſe , quid commune habeat in ſonu *Poſſeſſio* cum *Pedibus* . Quare ex antiquis libris , & ex Pandectis Florentinis verba in *d.l.* 1. ita reſtituit , ut Poſſeſſio dicatur a *poſitione ſedium*, ſive *ſeſſionis*,ut etiam tradit Duarenus hic,& Vaconius 2. *declarat.*3.

Verius tamen eſt , Poſſeſſionem ſimplex nomen eſſe , non compoſitum , ut quæ a ſolo verbo *Poſſum* derivat , Moretus 3. *epiſt.*87. ſive quia quiſque ut potuit , occupavit , ut loquitur Iſidorus 15.*origin.*13. ſive quia is , qui poſſidet , plurimum in re poſſeſſa poteſt . Quod confirmatur ex Juriſconſultis Græcis , præcipue ex Theophilo in *tit. Inſtitut. de Interdictis* , ubi non ſemel Poſſeſſionem reddit *δύναμιν* , id eſt , *Poteſtatem* , ſicut & ibidem vocat *ἐνέργειαν* , id eſt , *vim* & *efficaciam* , quæ a poteſtate non multum abit .

Quæſtionis tamen eſt , an ut ſtabilium , ita quoque mobilium vera poſſeſſio detur , accipiendo poſſeſſionem in hoc ultimo ſignificatu .

Et quidem Accurſius hic *verbo a pedibus in fine* , minus proprie res mobiles poſſideri docet , quia pedum poſitionem non recipiunt . Idemque videtur ſuaderi ex *l.uxorem* , *§.legaverat* , *ff.de leg.*3. ubi verbis illis legati, *Quidquid in patria Gadibus poſſideo* , mobilia, veluti Kalendarium , & pecunia non continentur .

Sed

Sed Bart. Jaſ. Alciat. & alii hic, rerum quoque mobilium veram eſſe poſſeſſionem tuentur. Ita quoque Connanus 3. *comment*.8. Menoch. *de retin. poſſ.ſſ. remed*.3. Valentia in *hoc tract. cap*.1. *a num*.9.

Et ita ſane patet ex pluribus, de quacunque poſſeſſione ſermo ſit, ſive naturali, quæ & corporalis dicitur, ſive civili. Nam pignus, quod proprie rei mobilis eſt, utique naturaliter poſſidetur, *l.ſi pignus.ff.de pignerat.actione, l.ſervi, ff.de uſucap.* item furtum, quod rei quoque mobilis eſt, non fit, niſi res poſſeſſa corporaliter fuerit, *l.*1.*ff.de furtis, l.*1. *§.Scævola, ff.ſi is qui teſt. liber.* Et uſucapio, quæ ſine civili poſſeſſione non procedit, etiam ad res mobiles pertinet, *l.ſi hominem, ff.de uſucap. l.ſi rem, ff.pro emtore*.

Patet etiam, quia ad tuendam rerum mobilium poſſeſſionem datur Interdictum *Utrubi*, quod non daretur, niſi in rebus illis propria & vera poſſeſſio eſſet, argumento ex *l.penult. in fin. ff.de ſervit.* & in *l.*1. *in fin. ff.de ſuperfic.*

Denique, quia in jure noſtro ubi de rebus mobilibus mentio incidit, ſimpliciter & ſine addito *poſſideri* dicuntur, *l.*3. *§.Nerva, §.ſi rem, ff.eod.* cum concordantibus: at e diverſo ea, in quibus vera poſſeſſio locum non habet, *quaſi poſſideri* dicuntur: & pro juribus Interdicta *veluti poſſeſſoria* conſtituta eſſe dicuntur in *l.quoties* 20. *ff.de ſervitut.*

Nec ad rem facit argumentum Accurſii ab etymologia; nam verum eſt, etymologiam aliquando vim definitionis habere, & proinde ab ea argumenta poſſe deduci, uti eſt in etymologia Donationis, & Injuriæ, *l.Senatus, §.*1. *ff.de mort.cauſ.donat. l.*1. *ff.de injur.* & Theophilus etymologiam & definitionem teſtamenti eſſe dicit, ut teſtatio mentis ſit; & tractant Fulgoſ. Jaſon, Zaſius in *l.*2. *§.appellata, ff.de reb.credit.* id tamen locum non habet, quoties etymologia vel ab eo, quod frequentius accidit, vel quod olim accidebat, deſumta eſt. Veluti ærarium ita dictum, quod olim in eo nonniſi æs condebant: Tribunal, quod frequenter in eo Tribuni jus dicerent; non tamen recte inde concludes, ubi argentum conditur, ærarium non eſſe; aut ſolium, unde ceteri Magiſtratus jus dicunt, Tribunal non eſſe. Ita etſi olim poſſeſſio nonniſi pedibus acquireretur, vel hodie frequenter pedibus acquiratur; perperam inde elicit Accurſius, ideo rerum mobilium veram non eſſe poſſeſſionem, quia in rebus ſoli pedum poſitio locum ſolummodo habere videtur. Vide latius Nicol. Everardum in *Topic. legal. loco ab Etymolog.*

Nec etiam facit reſponſum Scævolæ in *d.l.uxorem, §.legaverat*; nam reſpondetur in eo legato, *Quidquid in patria Gadibus poſſideo*, ideo primo non contineri pecuniam, non quia pecunia non poſſidetur, ut falſo Accurſii Fautores opinantur; ſed quia quæſitum fuit apud Scævolam non de quacunque pecunia, ſed de ea tantum, quæ Gadibus depoſita erat, hoc eſt, ita ibi poſita, ut non ibidem perpetuo maneret, ſed ad tempus tantum. Quod etiam patet ex eo, quia pecunia ea fuerat ex nominibus col-

collecta, ut argumento ſit, ibi depoſitam, ut iterum eam Teſtator crederet. Et quotieſcunque legatum vel fideicommiſſum relictum eſt per relationem ad certum locum, ea tantum continentur, quæ ibi ſunt, ut perpetuo maneant; quippe quod alicubi caſu, vel ad tempus, & non perpetua deſtinatione collocatum eſt, id ibi eſſe non videtur, *l generali §.uxori, ff.de uſu & uſufr.leg.l.fundi §.Labeo, ff.de action.emti,l.debitor,ff.de pignor.* Unde in *l.ſi chorus §.1.ff.de leg.3.* duplex pecuniæ genus a Celſo diſtinguitur: altera, quæ alicubi eſt, ut ibi perpetuo non ſit: altera, quæ ibi ad varios fortunæ caſus ſepoſita eſt cauſa præſidii, quæque vulgo *peculium* dicitur; unde illud Ruſticorum dicterium a Celſo notatum, *Pecunia ſine peculio fragilis eſt*. Illa non venit in legato mobilium cum certa loci deſignatione, hæc venit, ut ibidem dicitur, Coraſ.1. *miſcell.13.* Arias Pinell. in *rubr.C.de bon.matern.par.1.num.5.* Covarr.1.*variar.5.*

Secundo ideo non contineri Kalendarium,quoniam qui Kalendarium vel Inſtrumentum legat, nomina & obligationes legare intelligitur, *l.ſervum §.ejus, l.hujuſmodi §.ſi ita, ff.de leg.1. l.qui chirographum, ff.de leg.3.* Eſt enim Kalendarium liber fœnebris pecuniæ, vel codex, in quo nomina debitorum referuntur: ideo dictum,quia olim creditores ſtipulabantur uſuras in Kalendas ſingulas: quare factum eſt, ut Kalendarii nomine ipſæ pecuniæ fœnebres ſignificentur, *l.pen.ff.de reb.cred.* & condictio ex mutuo ſub uſuris dicitur *Actio Kalendarii, l.tutores §.periculo, ff.de admin. tutor.* Solebant tamen diem ſolutionis differre in Idus, *l.ſi ex pluribus, §.ult. ff.de ſolution.* Horatius:

Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Kalendis ponere.

Ceterum nomina debitorum, & obligationes, neque mobilibus neque immobilibus accenſentur: nec aliquo loco eſſe dici poſſunt, quia non ſunt, ſed eſſe intelliguntur, *l.ſi fideicommiſſum, §.1.ff.de judic.* Et eleganter Cujac.*lib.13.Pauli ad Edictum* in *l.Gajus,ff.de leg.2.* ſcribit, jura nullo loco eſſe, quia nec ipſa ſunt, ideo nec poſſideri poſſunt, *l.ult. ff.de ſervitut.l.3.in princ.ff.eod.* Et de nomine quidem Poſſeſſionis hactenus.

De ſubſtantia Poſſeſſionis.

QUÆSTIO II.

POſſeſſionis definitionem nullam in toto corpore juris reperire eſt: eam tamen Noſtri certatim magnis conatibus tradere aggreſſi ſunt, ſed ita inter ſe diverſi abeunt, ut in id omnes conveniſſe videantur, ne unum ſentirent. Nos aliorum opinamentis omiſſis ita definimus: *Poſſeſſio eſt detentio rei corporalis cum animo conjuncta*. Explicatur definitio.

Dicitur *Detentio*, quæ alio nomine *Incubatio* vocatur in *l.ult.C.ne rei* do-

dominicæ, *vel templorum*, & pignori incumbere eſt pignus poſſidere in *§ furti autem actio, Inſtit. de oblig. quæ ex delicto*. Unde in principio noſtræ *l*. 1. ex Paulo habetur, poſſeſſionem græce appellari *κατοχὴν*, hoc eſt, *detentionem*. Quod non ſine temperamento intelligendum eſt; nam ſi verborum rigorem attendamus, poſſeſsio græce dicitur *νομὴ*, & definitur per *κατοχὴν*: quocirca Juriſconſulti Græci in *Baſilicis* ad *l. nemo ambigit, C. eod.* ita loquuntur: *νομή ἐςὶ φυσικῶς ἡ τῦ πράγματος κατοχή*: *Nome* (Poſſeſſio) *naturaliter eſt rei catoche* (detentio). Et Theophilus ad *tit. Inſtit. de Interdictis*: *νομὴ ἐςὶ σωματικῦ πράγματος κατοχή*: *Nome eſt rei corporalis catoche*. Quod non recte explicat *Duaren. 1. anniverſ. diſput.* 18.

Hinc fit, ad poſſeſſionem neceſſario exigi factum, & prehenſionem rei, nec ſolum animum ſatis eſſe: vel ſaltem adeſſe aliquid, quod pro corporali apprehenſione habeatur: quippe detentio & incubatio res facti eſt. Exemplum eſto: ſcio theſaurum in fundo meo poſitum, & poſsidendi affectum habeo, ſtatim theſaurum poſſidere dicor, quia fundi apprehenſio, & ſcientia theſauri æquipollent apprehenſioni theſauri, *l. 3. §. Neratius*, *ubi Gloſ. verbo Naturalis*, *ff. eod.* Verum de modis acquirendæ poſſeſsionis latius infra.

Dicitur *Rei corporalis*. Juriſconſulti Græci in definitionibus jam poſitis modo dicunt ſimpliciter, *Detentio rei*, modo cum addito, *Detentio rei corporalis*. Quæ duo hic neque contraria, neque diverſa ſunt: nam in jure noſtro interdum ſub ſimplici nomine *Rei* nihil aliud venit, quam *Corpus*, ut in rei vindicatione, quæ rerum corporalium eſt, ad diſcrimen vindicationis, quæ pro rebus incorporalibus impertitur. Sic quoque in *tit. de acquirendo rerum dominio*, nonniſi de rebus corporalibus agitur, *l. ſi in rem*, *ff. de rei vindic. l. plane ubi*, *§. ſi eadem res*, *ff. de leg. 1. §. ſi generaliter*, *Inſtit. de legat.*

Propterea res incorporales, quarum nulla detentio, incubatio, aut apprehenſio eſt, non poſſidentur, *d. l. 3. in princ. ff. eod.* & conſequenter in eis uſucapio, ad quam poſſeſſio exigitur, locum non habet, ſed ſolummodo præſcriptio, *l. ſervus*, *§. 1. ff. de acquir. rer. dom. l. uſucapionem*, *ff. de uſucap.* vide Alciatum in *tract. de præſcript. in princ.* Itaque res incorporeæ, quaſi, velut, aut ficte poſſideri dicuntur, *l. ult. ff. de ſervitut.* eæque per uſum, & adverſarii patientiam acquiruntur, *l. 3. §. dare*, *ff. de uſufr. l. ſi ego*, *§. 1. ff. de Publiciana*, *l. 1. §. fin. ff. de ſervitut.*

Dicitur *Cum animo conjuncta*, *l. 1. §. furioſus*, *ff. eod.* ubi furioſus, & pupillus, licet maxime rem ſuo corpore contingant & detineant, tamen non poſsunt incipere poſſidere, quia affectionem tenendi non habent: ſicuti ſi quis dormienti aliquid in manu ponat, utique dormiens rem corpore detinet; at non poſſidet, cum animo inſiſtendi careat, ut ibidem Paulus habet.

De

Digitized by Google

De Poſſeſſione naturali, & civili.

Quæstio III.

VArie hac in re olim certatum inter Juriſconſultos, aliud ſentientibus iis, qui ex Sabini ſchola, aliud iis, qui ex ſchola Proculi profecti ſunt, ut monet Emundus Merillus 2. *obſerv.*31. Nam Poſſeſſionis diſtinctio in civilem & naturalem profecta eſt ex ſchola Sabini, ut conſtat ex *l.pupillus*, *ff.de acquir. rer. dom.* Quare Jabolenus, qui ex ea ſchola fuit, ſic etiam diſtinxit in *l.quod ſervus*, *ff.eod.* Ita quoque Julianus in *l.2.§.quod vulgo*, *ff.pro herede*: & tandem Ulpianus in *l.ſtipulatio iſta*, *§.hæc quoque*, *ff.de verbor. obligat.* quæ lex deſumta ex *lib.*49. *ad Sabinum*.

Hinc Jabolenus, Julianus, Ulpianus, Paulus, Pomponius, Papinianus, qui omnes Sabiniani, contendebant poſſe fieri, ut duo ſimul eandem rem poſſiderent, ſed diverſo modo, ut ſcilicet unus, qui rei corpore incumbebat, poſſideret naturaliter: alter vero, qui rem eandem animo detinebat dominandi, diceretur poſſidere civiliter, Paulus ex Sabino in *l.*3. *§.ex contrario*, *ff.eod.* Pomponius *lib.*29. *ad Sabinum* in *l.& habet*, *§.*4. *ff.de precario*.

Ex hac ſententia poſſidere dicuntur quotquot rem detinent, quocunque modo vel cauſa id accidat, dummodo animum poſſidendi habeant, Paulus in *l.*1. *§.*1. *ff.eod.* Ita creditor, qui pignori rem accepit, eam naturaliter poſſidet, *l.*3. *§.ult. ff.ad exhib.* Colonus quoque, Depoſitarius, & Commodatarius naturaliter poſſident, *d.l.*2. *§.quod vulgo*, *l.videamus* 2. *§.ſi poſſeſſionem*, ubi Accurſ. *ff.de uſur.* Sic Fructuarius naturaliter rem poſſidet, in qua uſumfructum habet, *l.naturaliter*, & *l.poſſeſſio*, *ff.eod.* quæ eſt Papiniani.

Naturalis poſſeſſio quandoque corporalis dicitur, quia naturalis non eſt, niſi per corpus apprehenſio, *d.l.quod ſervus*, *ff.eod.* ubi ſervus, qui prius dictus fuit poſſidere corporaliter, deinde naturaliter poſſidere dicitur, & de tribus uſurpatur. I. de eo, qui poſſidet ſibi, ut creditor reſpectu pignoris, cujus corporalem poſſeſſionem habet, *l.debitor*, *§.ult. ff.de pignor. act.* & qui alium precario rogavit, ut ſibi poſſidere liceret, *d.l.& habet*, *ff.de precario*. II. de eo, qui poſſidet alteri, ut colonus, *l.ſi id quod*, *§.ult. ff.eod.* III. de eo, qui nec ſibi nec alteri poſſidet, ut qui clam fundum occupat, cujus animus meticuloſus eſt, animus non eſt, *d.l.ſi id quod*, *§.ult.* Poſſidet pro poſſeſſore, *l.non ſolum*, *§.quod vulgo*, *ff.de uſucap.* Eodem modo ſi ſervus rem detineat domino ignorante, corporalis poſſeſſio eſt, & tamen nec ſibi nec domino poſſidet, cujus ignorantis nullus eſt conſenſus, *l.quod ſervus*, *ff.eod.* Unde Turaminus, qui naturalem poſſeſſionem a corporali diſtinxit, fallitur de vera ſubſtantia poſſeſſionis, *cap.*8. *num.*23.

E contrario Labeo, Celſus, Pegaſus, Proculiani, negant poſſeſſionem penes duos eſſe poſſe, Labeo in *l.3. §.ex contrario*, *ff.eod.* Celſus in *l.ſi ut certo, §.ult.ff.commod.*Et quos Sabiniani dicunt poſſidere naturaliter, Proculiani negant omnino poſſidere, Pegaſus ex ſchola Labeonis in *l.officium*, *ff.de rei vindic.* Celſus in *l.quod meo*, *ff.eod.*

Propterea ex Proculo colonus non poſſidet, *d.l.officium*, *l.1. §.dejicitur, ff.de vi & vi arm.* Et fruſtra dixerit quis, non poſſidere civiliter, ſed poſſidere naturaliter; nam nullo prorſus modo poſſidet, *l.non ſolum, §.quod vulgo*, *ff.de uſucap.* Ita commodatarius, & depoſitarius non poſſident, Ulpianus in *l.certe, §.is qui, ff.de precar.* Sic neque fructuarius poſſidet, *l.Celſus, §.Julianus*, *ff ad exhib. l.1. §.unde*, *ff.quod legator. l.acquiritur*, *§.ult. ff.de acquir. rer. domin.*

Iſti tamen, qui non poſſident, a Proculianis dicuntur eſſe in poſſeſſione: ut qui crediti vel legati ſervandi cauſa, & qui ob non præſtitam cautionem damni infecti ex primo decreto mittitur in poſſeſſionem, non poſſidet, ſed in poſſeſſione eſt, cuſtodiæ cauſa, ut dicitur in *l.ſi quis, §.idem Pomponius*, *ff.eod.* Itaque ex Proculo aliud eſt poſſidere, aliud in poſſeſſione eſſe, ut diverſa ſunt ſervum eſſe, & in ſervitute eſſe, *l.ſi poſtulaverit*, *l.5. §.de eo, ff.ad l.Jul. de adulter.* Ita diverſa ſunt liberum eſſe, & in libertate eſſe, Quintilian. *declam.*340. in ea lege: *Qui voluntate domini in libertate fuerit, liber ſit*, Cujac. in *d.§.idem Pomponius*, & 9. *obſerv.*33.

Ceterum Sabiniani (quorum ſententia frequentius in noſtro jure probata reperitur) tunc ſolum naturalem poſſeſsionem a civili diſtinguebant, cum alius rem teneret, alius vero nihilominus uſucaperet. Sed ſi quis rem poſsideret, & poſsidendo uſucaperet, apud eum utramque ſimul poſſeſsionem admittebant, quæ mixta eſt. In noſtro tamen jure hæc ipſa civilis etiam poſſeſsio dicitur, Merillus *loc.cit. obſerv.*32. ex *l.2. ff.pro herede*; ſicuti civilis obligatio dicitur, quæ ſimul civilis & naturalis eſt, *l.heres* 21. *§.2. ff.de fidejuſſor.* Imo mixta hæc poſſeſsio quandoque ſimpliciter poſſeſſio appellatur, *l.3. §.Neratius*, *ff.eod.* ubi habetur, ſolo animo non poſse nos acquirere poſseſsionem, niſi antecedat naturalis poſseſsio.

Hæ ſunt Sabini & Proculi diſsidentes ſententiæ, & Juriſconſultorum alii hanc, quidam illam amplexi ſunt. Nonnulli tamen fluctuaſse videntur, & modo Proculo adhæſiſse, modo Sabino. In horum numero eſt Ulpianus, de quo illud mirum eſt, quod habetur in *l.1. §.dejicitur*, *ff.de vi & vi armata*, ubi cum ait, *Dejicitur is, qui poſſidet, ſive naturaliter, ſive civiliter poſſideat*, utique cum Sabino ſentit; & tamen mox, quaſi ſui oblitus, negat colonum ullo modo poſsidere, quod ex Proculi ſchola eſt. Ex hac animi ambiguitate orta ſunt etiam ejuſdem illa in *l.3. §.ult. ff.cit. tit.* dum ſcribit, uſufructuarium *qualiter qualiter eſſe quaſi in poſſeſſione*. Qua ταπεινώσει (extenuatione) uſus eſt Ulpianus, ne a Proculi ſchola diſcederet, & tamen aliquo modo Sabinianis diſplicere noluit, quaſi nec Proculi ſententiam per omnia probaret. Alibi tamen aperte Sabino favit, ut in *d.l.ſtipulatio*

Digitized by Google

pulatio iſta , §.hæc quoque, ff.de verb. oblig. Alibi vero Proculo, cum commodatarium & depoſitarium poſsidere negat , *l.certe, §.is quoque, ff.de precario*.

Ita quoque Julianus cum Sabino ſentit in *d.l.2. §.quod vulgo , ff.pro herede*, ubi præter poſſeſsionem civilem admittit quoque naturalem, & tamen interdum a partibus Sabinianorum defeciſſe videtur, & cum Proculo militaſſe: negat enim colonum ullo modo poſsidere in *l.non ſolum , §.quod vulgo, ff.de uſucap.* ait enim: *Qui nec vivo nec mortuo domino ullam poſſeſſionem habet*, ideſt, nec civilem nec naturalem. Variavit ergo , ut in cauſa alia de Papiniano refert Juſtinianus in *l.ult. C.de furtis*.

Itaque ſi hæc concordanda aliquo modo ſunt , alia via inſiſti non poteſt , niſi ut dicamus , poſsidere naturaliter idem valere , quod eſſe in poſſeſsione. Quæ concordia licet non eſt ex mente Proculi & Sabini, eſt tamen ex mente Juſtiniani, qui ambas illorum Juriſconſultorum ſententias in ſuas Pandectas retulit, non ut diſcordantes inter ſe , ſed ut conſonantes . Quare verum erit , colonum , exempli gratia , poſsidere naturaliter ; verum quoque erit , eundem eſſe in poſſeſsione : & hæc duo nihil inter ſe differre. Cum vero Proculiani dicunt, colonum non poſsidere , id ex Juſtiniano interpretabimur , ut intelligatur non poſsidere civiliter. Quod attinet ad poſſeſsionem duorum , infra dicetur latius .

Jam ſi quis harum poſſeſsionum definitiones quærat, eas ex dictis quæſtione antecedenti deducere quam facillimum eſt : nam poſſeſsio Naturalis eſt detentio rei animo inſiſtendi : e diverſo , poſſeſsio Civilis eſt detentio rei animo dominandi . Quæ definitiones jam per ſe claræ ſunt , nec ulteriori explanatione indigent . Solum monemus , illud *Detentio rei* in utraque definitione eſſe loco generis ; nam poſſumus quidpiam detinere , nec tamen poſsidere , *d.l.1. §.furioſus , ff.eod.* Illud vero *Animo inſiſtendi* in definitione poſſeſsionis naturalis , & illud *Animo dominandi* in definitione poſſeſsionis civilis , eſſe loco ſpeciei ſeu differentiæ, *d.l.1. in princ.& d.l.ſi ſervus, ff.de noxal.action.* vel *Cogitatione dominandi , l.pen. C.de furt.* Sed ut hæc rectius percipiantur , ſit.

Utrum omnis, qui habet animum ſibi poſſidendi, civiliter etiam poſſideat.

QUÆSTIO IV.

AFfirmat Valentia in ſua poſſeſsionis definitione, ex *l.1. §.1.* & *l.3. §.1. §.Neratius* , & in *§.in amittenda* , & *l.quemadmodum* , & *l.qui jure , ff.eod.* In quibus tamen locis hoc ſolum habetur, ad poſſeſsionem exigi animum & affectum poſsidendi , non etiam dicitur, ſibi poſsidendi : quæ duo longe diſtant , ut idem Valentia notat *cap.2. num.43.* Hic autem animus

Digitized by Google

in omni poſſeſsione exigitur, non modo in civili, ſed etiam in naturali; quare furioſus, infans, qui animum vel conſenſum non habent, poſsidere non poſſunt, *d.l.*1. *§.*1.

Nos concedimus, eum, qui civiliter poſsidet, ſibi etiam poſsidere; dubitandum enim non eſt, qui animum dominandi habet, ſibi & non alii poſsidere. Negamus vero, omnem, qui ſibi poſsidet, civiliter poſsidere.

Sed præmittendum eſt I. creditorem ſibi poſsidere pignus, ut voluit Accurſius in *l. pignori in princ. ff. de uſucap.* & in *l.*1. *ff. de pignorat. act.* & poſt alios ipſe Valentia *cap.*11. Non enim creditor poſsidet pignus debitori, ſicut colonus poſsidet fundum conductum domino, quod patet ex pluribus. Primo, quia debitor poteſt rogare a creditore poſſeſsionem pignoris precario, quod non eſt in colono, qui alii poſsidet, *l.qui pignoris, ff.eod.* Ergo creditor ſibi pignus poſsidet.

Patet etiam, quia debitor fundum pignori traditum poteſt conducere a creditore, vel tanquam inquilinus, vel tanquam colonus, *l.re pignoris, ff.eod.* quo caſu debitor poſsidet ipſi creditori, *l.ſi pignus*, *ff.de pignorat. act.*

II. Poſſeſſionem hanc creditoris non eſſe civilem, ſed naturalem, Balduin.*de pignoribus cap.*15. Cujac.28.*obſerv.*24.& in *l.ſervi.ff.de uſucap.* Faber in *l.ſciendum, §.creditor, ff.qui ſatiſd. cogant.* Quod probatur ex Papiniano in *l.debitor, §.ult.ff.de pignorat.act.* illis verbis: *Soluta pecunia, creditor poſſeſſionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, reſtituere debet.* Jam enim ex dictis conſtat, corporalem poſſeſſionem longe diſtare a civili, nec eſſe, niſi naturalem poſſeſſionem, quidquid argumentet Valentia. Conſtat id ipſum ex *l.ſervi, ff.de uſucap.* Ita etiam capiendus eſt Paulus in *l.*1.*§.per ſervum, ff.eod.* cum ait, ſervum pignori datum, corporaliter datum intelligi, hoc eſt, tranſire in creditorem non omnem poſſeſſionem, ſed naturalem tantum, civili interim remanente apud dominum.

III. Hæc, quæ de pignore diximus, locum quoque habere in precario. Nam qui precario rogat, ut ſibi fundum poſſidere liceat, ſibi poſſidet, ut patet ex eo, quod petiit ſibi; & tamen nonniſi corpore poſſidet, *l.& habet, §.eum qui, ff.de precar.* Habere etiam locum in uxore, cui maritus ceſſit poſſeſſionem cauſa donationis; ipſa enim ſibi poſſidet, non viro, *l.*1.*§.ſi vir, ff.eod.* Nihilominus ipſa uxor civiliter non poſſidet, *l.ſi eum qui*, *ff.de donat. int. vir.& uxor.* ſed poſſidet naturaliter, *l.*1.*§.dejicitur, ff.de vi & vi armata.*

His poſitis, quam facillime id, quod dicebamus, probatur. Nam creditor ſibi poſſidet pignus; qui precario rogavit poſſeſſionem fundi, ſibi eum quoque poſſidet; ita etiam ſibi poſſidet uxor:& tamen nullus iſtorum, niſi corporaliter aut naturaliter, poſſidet. Ergo non omnis, qui ſibi poſſidet, civiliter poſſidet. Ceterum ratio, cur creditor, & is qui precario poſſeſſionem ſibi rogavit, non habent civilem poſſeſſionem, alia eſſe nequit, niſi quæ traditur in *l.quæcunque*, *§.*1. *ff.de Publiciana*, & in *l.ſi ſervus*, *§.*1. *ff.de noxal. action.* nempe quia neuter affectu, vel opinione domini poſſidet. Ideo etiam

uxor

Digitized by Google

uxor non poſſidet civiliter rem ſibi a viro donatam, quia oratione Antonini animum domini habere prohibetur, *l. qui jam nuptæ, ff. de donat. int. vir. & uxor.* & ex errore juris putat rem ſibi acquiſitam.

Utrum poſſeſſio facti ſit, an juris.

Quæstio V.

EA juris dicuntur eſſe, quæ a lege habent, ut ſint vel non ſint: ſeu a lege introducta ſunt, ut magis intelligantur eſſe, quam ſint. Hujusmodi ſunt Tutela, Hereditas, Uſusfructus, Dominium, & alia ſexcenta, quæ omnia per jus definiuntur; ut Tutela eſt jus in caput liberum: Hereditas jus ſuccedendi, atque ita porro. Ea vero facti ſunt, quæ a natura originem habent, & a natura eſt ut ſint, vel non ſint: veluti eſt corpus, & actus corporis, veluti inſiſtentia, & detentio, item animus, & animi affectio, quæ appellatur quoque voluntas, mens, cogitatio.

His ita poſitis, facile eſt intelligere, poſſeſſionem naturalem ſeu corporalem totam ex facto pendere, in quantum ad ſui naturam; nam eſt detentio rei animo inſiſtendi; quippe detentio eſt actus corporis, hoc eſt factum & non jus: factum quoque eſt animus ſeu affectio inſiſtendi, utpote cujus etiam ſervus capax eſt, *l. 3. §. ſaltus ff. eod.* Ceterum negandum non eſt, hanc ipſam naturalem poſſeſſionem multa extrinſecus a jure mutuari, quod jus effectus & commoda poſſeſſionis moderetur. Similiter facile eſt etiam intelligere, poſſeſſionem civilem ex facto & jure mixtam eſſe, ſua ipſius natura inſpecta; nam eſt detentio rei animo dominantis, & ut detentio rei factum eſt, ita dominium jus eſt. Animus dominandi, quia ad dominium refertur, dicitur eſſe jus, ut auctoritas tutoris, licet non ſit niſi conſenſus, quem tutor pupillo gerenti præſtat; quia tamen interponitur, ut actus a pupillo geſtus validus de jure ſit, dicitur eſſe juris, *l. 1. §. adipiſcimur, ff. eod.*

Omnia hæc, quæ docuimus, demonſtrantur ex Papiniano in *l. poſſeſſio quoque, ff. eod.* cujus legis mentem pauci aſsecuti ſunt; non enim animadverterunt, Papinianum ibi poſſeſſionem naturalem a civili ſeparare, & affirmare naturalem plurimum a jure mutuari, civilem vero non tantum corporis, ſed juris etiam eſſe. Primo itaque loco Juriſconſultus agit de ſervo, cujus uſusfructus meus eſt, licet proprietas aliena ſit: & ponit eum ſervum quædam comparaſſe ex nummis meis, vel ex operis ſuis. Quæri poterat, utrum mihi earum rerum poſſeſſionem acquirat. Et Papinianus affirmat, ſuique dicti rationem reddit in hæc verba: *Cum & naturaliter a fructuario teneatur, & plurimum ex jure poſſeſſio mutuetur.* Et ſenſus eſt; quod licet is ſervus reſpectu proprietatis alienus ſit, tamen a me fructuario poſsidetur, non quidem civiliter, quia careo animo domini, ſed naturaliter;

nam

Digitized by Google

nam fructuarius naturaliter, ſeu animo inſiſtendi poſſidet, *l.naturaliter, ff. eod.* Ergo poſſum quoque naturaliter poſſidere res per ipſum ſervum quæſitas, ſeu is ſervus naturaliter mihi rerum poſſeſſionem quærit, argumento ex *l.1. §.municipes*, & *l.2. ff.eod.*

Verum poterat objici Papiniano. Poſſeſſio naturalis res facti eſt, & facta non tranſeunt de uno in alium, *l.ſi ſtatu libera, §fin.ff.de ſtatu lib.* Quare falſum erit, poſſeſsionem a ſervo quæſitam tranſire in fructuarium, cum hæc poſſeſsio naturalis ſit.

Facile huic objectioni per prolepſin reſpondet Papinianus, aitque nihil obſtare, quia poſſeſsio naturalis, licet tota facti ſit, tamen multa a jure mutuatur, hoc eſt, jus ejus commoda & effectus extrinſecus moderatur; id enim dicimus mutuari, quod extrinſecus nobis accedit, ut Luna mutuatur lumen a Sole. Quare commodum & effectus poſſeſsionis non manet in ſervo, ſed juris poteſtate in fructuarium tranſit; qui propterea dicetur poſſeſsionem naturalem per ſervum fructuarium quæſiviſſe. Aperteque hæc prima pars *legis* de naturali poſſeſsione loquitur, & ſi recte intelligatur, duo omnino ſtatuit, unum tacite, alterum expreſſe; & quidem tacite, poſſeſsionem naturalem ex natura ſua totam facti eſſe: expreſſe vero, eandem poſſeſsionem reſpectu commodorum & effectuum a jure pendere & regi.

Secundo loco Papinianus agit de ſervis, & filiisfamilias, qui in aliena poteſtate ſunt vel domini, vel patrisfamilias, & quærit utrum iſti rem peculiarem poſsideant. Hic quæſtio non eſt de poſſeſsione naturali; apertiſſimi enim juris eſt, ſervum & filiumfamilias naturaliter poſſidere res, quas detinent, cum non modo filiusfamilias, ſed ſervus, animi inſiſtendi capax ſit, *d.l.3. §.ſaltus, ff.eod.* Itaque agitur tantum de poſſeſsione civili. Et quidem Juriſconſultus concedit, hos rem *tenere*, hoc eſt, naturaliter poſsidere: negat tamen rem *habere & poſſidere*; quæ duo ideo Papinianus conjungit, ut exprimat poſſeſsionem civilem, quæ eſt animo habendi, ſeu dominandi. *Habendi* enim verbum hic de eo accipitur, qui tenet jure dominii, ſicut *Poſſidendi* de eo, qui alio jure tenet, *l.38. §.habere, ff. de verb.oblig.* Briſſon.*de verbor.ſignif.lib.8.in princ.* Ideo vero negat, *quia poſſeſſio non tantum corporis, ſed etiam juris eſt.* Corporis quidem ſeu facti, reſpectu detentionis: juris vero, in quantum ad animum domini; quia ſervus dominii & juris capax non eſt, *l.in perſonam, ff. de reg.jur.* & filiusfamilias in re peculiari ſeu profectitia dominium conſequi non poteſt, nec animum domini habere, *l.cum oportet, §.1. C.de bonis quæ lib.* Quia vero unica determinatio, quæ plura ſimul recipit, omnia æqualiter determinat, fit ut ſi corpus ſeu factum eſt de natura civilis poſſeſsionis, eodem modo de natura poſſeſsionis civilis ſit jus.

Conantur nonnulli vim argumenti eludere, contendendo hic a Papiniano jus largè ſumi pro animo, tanquam re incorporali, ut opponatur corpori, id eſt, detentioni, quæ corpore fit; large enim juris nomen quidquid incorporeum eſt denotat, ex *l.quid aliud, ff.de verb.ſign.* ubi jura prædiorum

Digitized by Google

diorum ſunt prædiorum qualitates, ut bonitas, ſalubritas, amplitudo: concordat *l.qui ſundum, ff.quemadmodum ſerv.amittatur.*

Sed fruſtra ſunt; erat enim opus diſtinguere inter hæc duo, *jus poſſeſſionis*, & *poſſeſſio juris eſt*: hæc nihil inter ſe habent ſimile. Fatemur jus poſſeſsionis ſumi pro qualitate poſſeſsionis, ut *jus prædii* eſt qualitas prædii. Ita in *l.non ideo minus, C.de liber.cauſa*, ſi ancilla tua, quæ ſe proclamavit in libertatem, non probat, dicitur, *Inconcuſſum poſſeſſionis jus obtinebis*, ideſt, qualitatem juſti tituli poſſeſsionis. Non diſsimiliter jus poſſeſsionis uſurpatur in *l.ſi ea res, ff.de action.emti, l.2.ff.uti poſſidetis, l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis forte, ff. de verb.oblig. l.qui pignoris*, & *l.cum heredes, ff.eod.* Sic etiam dicimus *jus ſanguinis, jus agnationis*. At longe aliud eſt, cum dicitur, *Poſſeſſio eſt juris*; in qua loquendi figura nunquam jus pro qualitate occurrit, multo minus pro animo, ſcilicet, niſi animum domini intelligamus.

Hinc plura juris noſtri loca dilucidantur, quibus Adverſarii variis ſophiſmatis tenebras offundere conati ſunt. Nam primo textus in *l.nemo ambigit, C.eod.* illis verbis, *Nemo ambigit, poſſeſſionis duplicem eſſe rationem, aliam quæ jure, aliam quæ corpore conſiſtit*, de poſſeſsione civili capiendus eſt, quæ corpore, & jure ſeu animo domini conſtat; nam poſſeſsio civilis interdum ſimpliciter poſſeſsio dicitur, *l.3. §.Neratius, ff.eod.* ubi ſolo animo non poteſt acquiri poſſeſsio, niſi antecedat naturalis poſſeſsio; hoc eſt, non poteſt civilis poſſeſsio acquiri, & monuimus ſupra.

II. Textus in noſtra *l.1.§.adipiſcimur*, intelligi debet de poſſeſsione naturali, cum dicitur pupillum ſine tutoris auctoritate poſsidere incipere poſſe, *quia poſſeſſio res eſt facti, non juris*. Et ratio dubitandi fuit, quia auctoritas tutoris, ut res juris, non exigitur, niſi in iis, quæ juris ſunt. Proinde pupillus hereditatem, quæ jus eſt, niſi auctore tutore adire non poteſt; cum e contrario in his, quæ ſunt facti, pupillus auctoritate tutoris non indigeat. Hinc quæſitum, an pupillo liceat incipere poſsidere, tutoris auctoritate non intercedente? Et reſpondet Paulus ex Ofilii & Nervæ ſententia, pupillo licere, quia poſſeſsio facti eſt, non juris: quæ verba de poſſeſsione naturali, ad quam ſufficit animus inſiſtendi, capienda ſunt. Proinde Paulo viſum eſt, Ofilii & Nervæ ſententiam interpretari de eo pupillo, qui ejus ætatis ſit, ut intellectum capiat, hoc eſt, ut intelligat ſe inſiſtere, nulla de dominio mentione adjecta. Hanc ergo naturalem poſſeſsionem lex ait facti eſſe, non juris. Ceterum hic *incipere poſſidere* idem eſt, quod poſsidere, ut incipere diligere apud Catullum eſt jam diligere: quippe poſſeſsio individua eſt, nec recipit partes, & cum incipit eſſe, tota eſt; nam qui incipit introire fundum, totum fundum apprehendiſſe intelligitur, nec opus eſt, ut omnes glebas circumambulet, *l.3. in princ. ff.eod.*

Eadem via plura alia juris loca expedire facile eſt, ut opus non ſit ſingula percurrere. Illud monemus, in poſſeſsione civili, quæ ex facto & jure mix-

Digitized by Google

mixta eſt, ſæpe factum illud, quod in ſe habet, operari ut ceteris factis adnumeretur, & eorum leges ſubeat. Ita Triphoninus in *l.in bello*, *§.facti*, *ff.de captivis*, ubi captivo omnia jura in ſuſpenſo retinentur, nec abrumpuntur: at poſſeſsio civilis, quæ ad uſucapionem exigitur, non retinetur, ſed abrumpitur: quia idem captivus, ſi revertatur ad ſuos, omnia quidem jura recuperat, at non poſſeſsionem civilem, ut propterea uſucapionem non perficiat. Cujus rei rationem lex reddit, quia poſſeſsio res facti eſt, & facti cauſæ non continentur poſtliminio; hoc eſt poſſeſsio civilis ex facto, quod habet admixtum, jure poſtliminii non gaudet, quo jura mera comprehenduntur, Paulus *l.ſi is*, *qui pro emtore*, *ff.de uſucap.* Eandem ſpeciem tractans Papinianus in *l.denique*, *ff.ex quib.cauſ.major.* non dicit ſimpliciter poſſeſsionem civilem facti eſſe, ut Triphoninus, ſed poſſeſsionem *plurimum facti habere*. Quæ tamen verba mentem Triphonini aperte declarant.

Ita quoque licet in heredem omnia jura defuncti tranſeant, civilis tamen poſſeſsio non tranſit, quia hæc merum jus non eſt, & huic migrationi in heredem, factum quod habet admixtum, impedimento eſt. Propterea heres, ut uſucapionem perficiat, opus habet, ut ipſe rem apprehendat, *d.l.ſi is*, *qui pro emtore*, *l.cum heredes in princ. ff.eod.*

Ex his omnibus manifeſtum eſt, decipi quotquot omnem poſſeſsionem civilem & naturalem ſolo facto conſtare docent, ut Fab. in *d.l.denique*, Valentia *cap.2. num.41.* Decipi etiam, qui poſſeſsionem civilem ſolo jure niti putant, Cujac. in *d.l.denique ad lib.3. quæſtionum. Papin.* Alciat. in *tract.de quinque pedum præſcript.* Fachin.8. *contr.5.* Decipi tandem, qui omnem poſſeſsionem ex facto & jure mixtam eſſe contendunt, Aretinus hic in *l.1. num.13. & ſeq.* Coraſius in *rubr. num.3.* Forcatulus in *Cupidine juriſperito cap.14.* aliique.

De poſſeſſione juſta & injuſta.

QUÆSTIO VI.

HÆc poſſeſsionis diſtinctio extat in *l.3.§.ex contrario, ff.eod.l.duo, ff.de precar. l.juſta, ff.uti poſſidetis*. Sed quænam ipſæ ſint, non conſtat inter noſtros. Nonnulli ita explicant, ut Juſta ſit, quæ bona fide apprehenditur, Injuſta vero, quæ mala fide, ex eadem *l.3.§.genera*, illis verbis: *Vel etiam poteſt dividi poſſeſſionis genus in duas ſpecies, ut poſſideatur aut bona fide aut non bona fide*, Connanus 3. *comment.10.* Donellus 5. *comment.9.* Alii poſſeſsionem Juſtam confundunt cum civili, Injuſtam cum naturali, Faber in *l.officium*, *ff.de rei vindic.* Valentia *cap.3. num.6.*

Nos dicimus, eum juſte poſſidere, cujus poſſeſsio a jure non improbatur: e contrario eum poſſidere injuſte, cujus poſſeſsioni jus reſiſtit. Quæ de-

Digitized by Google

deſumta ſunt ex *d.l.duo, ff.de precario,* ubi qui precario rem accepit, juſtam poſſeſſionem habere dicitur; qui vero vi poſſidet, aut clam, injuſtam. Idem habetur ex Ulpiano in *l.ſi duo, ff.uti poſſidetis*, ubi poſſeſsio juſta eſt, quæ ex juſta cauſa procedit: injuſta, quæ vi, aut clam. Sic etiam juſte poſsidet, qui auctore Prætore poſsidet, veluti qui ob non præſtitam ſibi cautionem damni infecti, ex ſecundo decreto Prætoris, *l.juſte, ff.eod.* & ideo uſucapere poteſt, & amiſſa poſſeſsione, agere Publiciana, *l.*18.*§.pen. ff.de damno infecto, l.& generaliter, ff.de noxal.action.* Vide textum in *l.quod ſervus, ff. eod.* de quo infra nobis ſermo redibit. Ita hæc diviſio æquat membra dividentia, omnis enim poſſeſsio vel a jure probatur, vel ab eodem improbatur, & nihil eſt tertium.

Qui ita juſte poſsident, *jure optimo maximo* poſsidere dicuntur, Cicero *de lege Agraria cap.*11. in illis verbis: *Id eo jure teneret, quod optimo-maximum.* Vulgo perperam: *Quod optimo-privatum,* nullo ſenſu. Vide in *l.qui uti* 90. *ff.de verbor.ſignif.*

Ex quibus facile aliorum explicationes rejiciuntur: falſum enim eſſe apparet, poſſeſsionem juſtam eſſe, quæ vel bona fide apprehenditur, vel quæ civilis eſt; nam qui precario rem accepit, juſte quidem poſsidet, *d.l. duo, ff.de precario*; & tamen iſte ipſe neque bona neque mala fide poſsidet; quippe bona & mala fides non habent locum in omni poſſeſſore, ſed tantum in poſſeſsoribus rei alienæ; nec tamen in his omnibus, ſed in illis duntaxat, qui rem alienam poſſident ut ſuam: quod in eo, qui precario poſſidet, non eſt, poſsidet enim rem alienam ut alienam. Præterea is idem, licet juſte poſsideat, tamen civiliter non poſsidet, ſed naturaliter, cum rem detineat animo inſiſtendi, non dominandi, *l.& habet, §.eum qui, ff.de precario.* Unde & illud conſtat, male poſſeſsionem naturalem confundi cum injuſta, vel cum ea, quæ mala fide eſt; nam qui precario rem detinet, naturaliter & juſte poſsidet, nec malæ fidei poſſeſſor eſt.

Hæc diſtinctio poſſeſsionis in juſtam & injuſtam non eſt in ſpecies, cum ſpecies tantummodo ſint Civilis & Naturalis; ſed eſt in qualitates, veluti ſi homo dividatur, ut unus ſit doctus, alter indoctus. Poteſt quoque poſſeſsio accidentaliter dividi ex titulis, ſeu poſsidendi cauſis, veluti pro emtore, pro donato, pro dote, pro legato, pro herede, pro noxæ dedito, pro ſuo, & ſimiliter. Has Paulus ſpecies vocat in *l.*3. *§.genera, ff.eod.* ſed ibi ſpeciei nomen non proprie accipitur, prout apud Philoſophos, ſed juridice pro individuis acquirendi modis: Juriſconſulti enim ſpeciem pro individuo uſurpant, *Cujac.& Gipban.ibid.*

Digitized by Google

An plures eandem rem in ſolidum poſſidere poſſint.

Quæstio VII.

Vetus hæc quæſtio eſt, & ab antiquis Juriſconſultis, qui in varias partes diſceſſerunt, ultro citroque agitata; eorumque ſententiæ omnes in Digeſtis extant, modo approbatæ modo improbatæ. Unde factum eſt, ut & Doctores noſtri mirum in modum inter ſe digladientur;& certe difficile eſt videre, quæ potiſſimum ſententia ſequenda ſit.

Itaque Sabinus cum ſectatoribus docet, duos ejuſdem rei poſſeſſores in ſolidum eſſe poſſe, ſed diverſo modo, ut unus poſsideat civiliter, alter naturaliter. Refert Paulus in *l.3. §.ex contrario, ff.eod.* idque ſequutus eſt Martinus cum ſuis Goſsianis, ſeu Gloſsianis, ut legitur apud *Accurſium* in *l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.Commodati*, & in *l.ſi duo, ff.uti poſſidetis*; ſed emendandum utrobique eſt, *cum ſuis Boſſianis*. Intelligit enim Accurſius Martinum Boſſianum Cremonenſem, qui jus civile Bononiæ profeſſus eſt ad A.C.1200. per quæ etiam tempora floruit Joannes Boſsianus magiſter Azonis Bononienſis, teſte *Abbate Tritemio.* Meminit *Antonius Campus* in *Hiſtor.Cremonenſi lib.2. ad eum annum.*

Eam ſententiam probat Pomponius in *l.& habet, §.eum qui, ff.de precario,* quæ deſumta eſt ex *lib.20.ad Sabinum*, ubi qui precario rogavit, ut ſibi Stichum poſsidere liceat, poſsidet; item is, qui precario rogatus eſt, poſſidet: ita ut penes utrumque is homo ſit. Et rationem reddit Juriſconſultus, quia qui rogavit, poſsidet corpore, hoc eſt, naturaliter: & quia Dominus non diſceſsit animo a poſſeſsione, hoc eſt, civiliter poſsidet. Et hoc præcipue exemplo utebatur Sabinus, *d.§.ex contrario*.

Probat quoque Jabolenus in *l.ſervi, ff. de uſucap.* in quo debitor ſub pignore poſsidet pignus, item poſsidet creditor, ſed diverſo modo; nam debitor poſsidet in quantum ad complendam uſucapionem, quæ eſt effectus poſſeſsionis civilis: creditor vero poſsidet in quantum ad reliquas omnes cauſas, & cum eo ad exhibendum agendum eſt, ut latius dictum eſt ſupra. Idipſum ſequutus eſt Papinianus in *l.debitor, §.ult. ff.de pigner.act.* qui ait, poſſeſsionem pignoris corporalem apud creditorem eſſe; ut conſequens omnino ſit, civilem apud debitorem remanere. Hæc eadem in utroque exemplo, & precarii & pignoris, tuetur Julianus in *l.pignoris, ff.eod.*

Hanc opinionem videtur probare Juſtinianus, eo ipſo quod Sabini diſtinctionem recipit, ut poſſeſsio altera Civilis ſit, altera Naturalis, ut dictum ſupra *quæſt.3.* nam ea diſtinctione recepta omnino fit, ut queant duo eandem rem ſimul poſsidere, unus civiliter, alter naturaliter. Quare contraria Proculianorum ſententia, dum docent poſſeſsionem nonniſi apud unum

ſunum eſſe poſſe, explicanda aliquo modo eſt ex mente Juſtiniani.

Ex ſchola Proculi eſt, quod habet Ulpianus in *l.certe*, *§.is qui rogavit, ff.de precario*, cum ait: *Is qui rogavit, ut precario in fundo moretur, non poſſidet; ſed poſſeſſio apud eum, qui conceſſit, remanet.* Quod ita ex mente Juſtiniani interpretandum eſt, ut rogator non poſſideat civiliter; nam de poſſeſſione civili ibi ſermonem eſſe,oſtendunt ulteriora illa verba; *Poſſeſſio apud eum, qui conceſſit, remanet*; quippe apud concedentem poſſeſſio civilis remanet. Hæc igitur in rogatore non eſt, qui naturali tantum poſſeſſione gaudet, juxta *d.l.& habet, §.eum qui.*

Ita quoque ex Proculo eſt, quod habet Paulus in *l.3. §.ex contrario, ff.eod.* ubi duos in ſolidum eandem rem poſſidere poſſe negatur,ut etiam docet Ulpianus in *l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.Commodati*. Hoc tamen ita hodie intelligemus, ut verum ſit de eadem poſſeſſionis ſpecie, non de diverſa: ſcilicet, ut duo in ſolidum nequeant poſſidere, ambo poſſeſſione civili, vel ambo poſſeſſione naturali; cum e diverſo fieri poſſit, ut unus civiliter, alter naturaliter poſſideat.

Et ratio eſſe poteſt, quia duo, qui eandem rem, alter civiliter, alter naturaliter poſſident, iſti revera non poſſident quiſque in ſolidum, ſed quiſque in partem,ita ut ambæ poſſeſſiones conjunctæ ſolidum conſtituant, ex Valentia *d.cap.3. num.19.* Nempe in precario dominus dicitur retinere animo poſſeſſionem civilem, non ſimpliciter, ſed in quantum ad hoc, ut revocare precarium poſſit, quandocunque ei libitum erit: quod utique revocare quolibet momento non poſſet, ſi poſſeſſionem animo non retineret, & novam acquirere opus haberet. Ceterum in quantum ad alia dominus non poſſidet: quod adeo verum eſt, ut poſſit dominus ab eo, qui precario habet, ipſam poſſeſſionem precario rogare: quoniam,ut dicitur in *l.ult. ff.de precario, aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id eſt, poſſeſſio, quæ aliena eſt.* Unde quamvis duo poſſideant, non tamen in ſolidum poſſident ſinguli, ſed ſimul juncti.

Simili modo diſcurrendum eſt de poſſeſſione debitoris & creditoris circa idem pignus; etſi enim verum ſit, debitorem poſſidere, tamen ad unam tantummodo cauſam pignus poſſidet, ad uſucapionem ſcilicet, *l.1. §.per ſervum corporaliter, ff.eod. l.ſervi, ff.de uſucap.* ut propterea nec ipſe in ſolidum poſſideat. Creditoris vero poſſeſſio, quamvis ad uſucapionem, & alios effectus, qui ad dominium vel acquiſitionem pertinent, ei non proſit, *l.ſervus, §.1. ff.de noxal.action. l.quæcunque, §.1. ff.de Publiciana, l.1.& 2. C.de pignor.* in quantum tamen ad ceteros effectus ei utilis eſt, veluti ut furti actione contra debitorem agat, ſi is ei pignus ſubtrahat, *l.ſi quis, ff. de noxal.action. l.ult. ff.de uſucap. l.ſi rem, ff.pro emtore.* Ita quoque ut ei ad retinendam vel recuperandam poſſeſſionem amiſſam interdicta tribuantur, *d.l.ſi is qui, §.1. l.grege, §.& in ſuperficiariis, ff.de pignor. l.ſi cum venditor in princ.ff.de evictionn.* Sic etiam ei utilis eſt, ut anteriori creditori præferatur, *l.cum notiſſimi, C.de præſcript.30. vel 40.annor.* Ita ergo duæ iſtæ creditoris

ditoris & debitoris poſſeſsiones ſimul junctæ omnes poſſeſsionis effectus habent, & proinde unam tantum ſolidam poſſeſsionem conſtituunt, non etiam duas ſolidas.

Hæc confirmantur exemplo dominii; nam ſicut duo poſſeſſores, ita quoque duo domini ejuſdem rei in ſolidum eſſe non poſſunt, *d.l.ſi ut certo, §.ſi duobus*. Unde ſi Teſtator duobus uſumfructum leget, ſolidum ſingulis, cogitur heres uni rem, alteri æſtimationem præſtare, *l.duos, ff.de uſufr.leg.* Nempe quia Fructuarius eſt dominus uſusfructus, & duo ejuſdem rei domini in ſolidum eſſe non poſſunt. Unde legatum de rigore juris nullum eſset, utilitatis vero cauſa ſuſtinetur. Tamen ſi duo diverſa ratione domini ſint, non repugnat eos in ſolidum ejuſdem rei dominos eſse poſse, ut conſtat ex ſolenni ea diſtinctione dominii *Quiritarii*, & *Bonitarii*: quam etſi abolere conatus ſit Tribonianus in *l.unica, C.de nudo jure Quirit.toll.* tamen eo invito in pluribus noſtri juris partibus remanſit. Remanſit inter heredem & fideicommiſsarium; nam reſtituta ex Trebelliano hereditate, heres adhuc heres eſt, id eſt, dominus Quiritarius, licet res in bonis fideicommiſſarii ſint, qui propterea dominus Bonitarius eſt, *§.reſtituta, Inſtit.de fideic. hered.* Ita etiam ſuus heres dum ab hereditate beneficio Prætoris abſtinet, nil niſi dominium Bonitarium amittit; adhuc enim heres eſt, ſive dominus Quiritarius, *l.1. §.qui ſunt in poteſtate, ff.ſi quis omiſſa cauſa teſtam.* Non diſsimiliter quamvis dos in bonis mariti ſit, mulieris tamen eſt, *l.quamvis, ff.de jure dot.* ſeu maritus in re dotali dominus civilis eſt, mulier quæ dedit dotem, domina naturalis eſt, ut dicitur in *l.in rebus, C.de jure dotium.* Nec ex alio fonte emanat, quod ſuperficies in dominio ejus eſse dicitur, qui dominus ſoli eſt, *l.ult. ff.de ſuperficiebus*; & tamen eadem ſuperficies in bonis ſuperficiarii reponitur, ſicut dos in bonis mariti, *l.bonorum 49.ff.de verbor. ſignif.*

Hactenus pro ſententia Sabini. Nunc de ſententia Caji Trebatii, qui ex Proculi ſchola fuit, quæ non minori difficultate urgetur. Is docebat, poſſe alio quoque modo duos in ſolidum ejuſdem rei poſſeſſores eſſe, ſcilicet, ſi alter juſte poſſideat, alter injuſte; negabat tamen duos juſte, vel duos injuſte poſſe, ut refert Paulus in *d.l.3. §.ex contrario*. Quam ſententiam uterque Soccinus exornat, & veram putat Franciſcus Marcus *p.1. qu.193. & 655.*

Hujus opinionis fuit Ulpianus, qui longius progreſſus voluit, duas etiam juſtas poſſeſſiones ſimul in ſolidum eſſe poſſe, *l.ſi duo, ff.uti poſſidetis.* Nam primo quæſtionem proponit in hæc verba: *Si duo quoque poſſideant in ſolidum, videamus quid ſit dicendum*; ubi pro conceſſo ſumit, duos in ſolidum eandem rem poſſidere poſſe; tum duas poſſeſſiones ejuſdem rei, unam juſtam, alteram injuſtam conſtituit, ibi: *Si quis proponeret poſſeſſionem juſtam & injuſtam: ego poſſideo ex juſta cauſa, tu vi aut clam.* Tandem duas juſtas proponit, dicendo: *Si a me poſſides, ſuperior ſum interdicto.* Sermo eſt de interdicto uti poſſidetis in caſu precarii; nam qui preca-

rio

rio fundum poſſidet, is eo interdicto adverſus omnes, præter eum, quem rogavit, uti poteſt, *l.qui precario, ff.de precario*. Quare utriuſque poſſeſſio juſta eſt, & tamen utrumque in ſolidum poſſidere, Ulpianus ait.

E contrario Trebatii ſententiam rejecit Labeo, qui Trebatii diſcipulus fuit, ſed ab his, quæ a præceptore accepit, ſæpe diſſidebat, ut ex Pomponio & Gellio notat Cujacius 2. *obſerv*.39. Labeonem ſequitur Paulus in *d.l.3. §.ex contrario*. Itaque negant poſſe duos in ſolidum poſſidere, unum juſte, alterum injuſte, nempe quia ad ſummam poſſeſſionis non multum intereſt, juſte quis an injuſte poſſideat, quia uterque rem detineret, quod fieri non poteſt: qua eadem ratione videntur contra Ulpianum negare poſſe duos juſte eandem rem poſſidere in ſolidum, ut expreſſe habet Julianus in *l.duo, ff.de precario*.

Quid ergo dicemus? Hæc ſine cavillo vix eſt ut conciliari poſſe videantur: eſt tamen aliquid audendum & tentandum. Sed illud præmittendum, Trebatium ex Proculi ſchola proceſſiſſe, qui nonniſi unam poſſeſſionem civilem admittebat, repudiata omnino naturali, ut ſupra *qu*.3. Quare cum loquitur Trebatius de poſſeſſione juſta & injuſta, capiendus eſt de ſola civili, ita ut voluerit poſſe duos in ſolidum poſsidere civiliter, unum juſte, alterum injuſte: veluti ſi duo eundem fundum eodem tempore ingrediantur, ambo animo dominandi, ſed unus jure ſuo, alter vi aut clam. Et hæc ſententia falſa eſt, cum is ſolum poſsideat, qui jure ſuo fundum ingreſsus eſt, & merito a Labeone & Paulo rejicitur in *d.§.ex contrario*, quia eſsent duo in ſolidum poſseſsores in eodem genere, ſive eodem modo, quod fieri non poteſt: quippe ſolum diverſo modo, id eſt, unus civiliter alter naturaliter in ſolidum poſseſsores eſse poſsunt, ut jam dictum eſt. Eadem de cauſa negabant duos ſimul juſte, vel duos injuſte, civiliter eandem rem poſsidere, *d.l.duo, ff.de precario*.

Secus eſt, ſi illa *juſte* & *injuſte* de diverſis poſseſsionum generibus cum Sabinianis capiamus; tunc enim verum erit, poſse duos in ſolidum poſsidere, unum juſte, alterum injuſte; veluti ſi is, qui civiliter poſsidet, dicatur juſte poſsidere: qui naturaliter, injuſte, ſcilicet, ſi vi aut clam poſſideat. Verum quoque erit, duos poſse juſte in ſolidum poſsidere, ut in precario, ubi rogator poſsidet naturaliter, & juſte: rogatus vero civiliter, & juſte. Et ita intelligendus eſt Ulpianus in *d.l.ſi duo, ff. uti poſſidetis*. His ita diſtinctis, omnis, niſi fallor, difficultas removetur; quod ſi confundantur, erit inexplicabilis.

Huc quidam pertinere putant, quod habet Ulpianus in *l.ſi finita, ff. de damno infecto*, ubi ſi plures ſint, qui poſtulant ut ſibi caveatur de damno infecto, omnes ſimul mitti in poſseſsionem ſolent. Unde deduci videtur, juſtam poſseſsionem eſse poſse apud duos.

Id tamen nihil ad rem facit; nam recte Cujacius ait, plures quidem mitti in poſseſsionem in totum ex primo decreto, ſed non ut poſsideant, ſed tantum cuſtodiæ gratia: & quamvis mittantur ſinguli in totum, tamen con-

concurſu partes habent, & ex ſecundo decreto pro eis partibus poſsidere jubentur. Quamvis enim Q.Mutius inter genera poſſeſſionum poſuiſſet, ſi quando juſſu Magiſtratus quis primo in poſſeſſionem cauſa damni infecti mittitur; id tamen ineptiſſimum dicit Paulus in *l.3.§.ult.ff.eod.* Nam qui ita mittitur in poſſeſſionem, non poſſeſſionem, ſed cuſtodiam rerum, & obſervationem habet, ut notat Cicero pro P.Quintio *cap.84.* qui hæc Edicti verba recitat: *Qui ex edicto meo in poſſeſſionem venerint, eos ita videtur in poſſeſſione eſſe oportere: quod ibidem recte cuſtodire poterunt, id ibidem cuſtodiant; quod non poterunt, id auferre & abducere licebit. Dominum invitum detrudere non placet.* Ceterum ut in hoc caſu cuſtodia pluribus demandatur in ſolidum; ita depoſitor duorum fidem in ſolidum ſequi poteſt, & commodator in duos in ſolidum uſum transferre, *l.eadem.ff.de duob. reis*; & ex ſtipulatione duo in ſolidum obligari poſſunt, *l.prope, C. cit. tit. l.ſi non ſinguli, l.cum te in Gallia, C.ſi cert.petat.*

Si duo ſe poſſidere, quiſque in ſolidum, dicant, quid a judice decernendum ſit.

Quæstio VIII.

HÆc quæſtio oritur non modo apud Doctores, qui duos in ſolidum poſſidere poſſe fatentur, ſed etiam apud illos, qui negant; attento ſcilicet non jure, ſed animo & affectu contendentium, quorum quiſque ſe in ſolidum poſſidere dicat, ut Donellus 15.*commentar.*32. explicari poſſe putabat Ulpianum in *d.l.ſi duo,ff.uti poſſidetis.* Si ergo ita de facto accidat, quæritur quid judici agendum ſit, ut videre eſt apud Doctores poſt Bartolum in *d.l.ſi duo*, & Canoniſtas poſt Innocentium in *cap.licet, de probat.*

Et Fachinæus 8. *controverſ.*16. fruſtra tam acriter certatum fuiſſe putat; quia fieri non poteſt, ut probationes utriuſque contendentis ſint per omnia æquales: cui conſentire videtur Fermoſinus in *d.cap.licet, quæſt.*1. *& ſeqq.* Tamen ſi recte attendamus, nihil hic factum impedimenti a jure recipit. Finge, quo momento unus ingreditur fundum ex una parte, coram duobus teſtibus, animo occupandi totum fundum, eodem ingrediatur & alter eodem animo, coram totidem legitimis teſtibus, & uterque juſtum titulum habeat, puta quia unuſquiſque emit a domino: utique in hac ſpecie æquales per omnia probationes ſunt, nihil obſtante jure.

Re ita ſtante, varia opinio eſt; quippe alii docent, pronunciandum a judice, *Uti poſſidetis, ita poſſideatis*, ut neuter vincat, aut victus ſit, ex *d.l.ſi duo*, ibi: *Neuter noſtrum vincetur.* Alii poſſeſſionem ſub ſequeſtrum mittendam, ne Partes veniant ad arma, donec ſcilicet de dominio decernatur in petitorio, quod voluit Joannes a Platea ex *l.æquiſſimum, ff.de uſufr.* Alii forte litem dirimendam, quo remedio utitur lex, ubi pluribus optio legata eſt, nec in eli-

Digitized by Google

eligendo concordant, *l.ult.C.comm.de leg.* Alii pronunciandum a judice, de ea non liquere; nam & arbiter, ſi a prætore cogatur ad ſententiam ferendam, quia dies compromiſſi exitura eſt, poteſt jurare ſibi de ea non liquere, *l.idem Pomponius,§.ult.ff.de recept.arbitr.* Alii reum abſolvendum eſſe, quod in dubiis favorabilior ſit cauſa rei, *l.favorabiliores, ff.de reg. jur.* Alii rem totam ab arbitrio judicis pendere, qui poterit gratificari cui velit. Alii conſulendum eſſe Principem. Vide Menoch. *de retin.poſſeſſ.remed.3.qu.87.*

Magis tamen communiter recepta eſt Bartoli ſententia, nempe debere judicem imitari id, quod lex civilis in legatariis re conjunctis obſervat, ut litigatores partes faciant concurſu, ſive pro diviſo, ſive pro indiviſo, ſcilicet, ut quiſque dimidiam partem fundi ſortiatur: imitari etiam quod facit Prætor, qui decernit, quod ubi plures ob damnum infectum mittuntur ex ſecundo decreto in poſſeſſionem ædium vicini, ſinguli mittantur in totum, tamen concurſu partes habeant, *l.ſi finita, §.cum autem plures, ff. de dam. inf.* Nixus eſt Turaminus in *cap.2.* aliquid novi dicere, & varias ex prædictis ſententiis confudit & miſcuit. Nam primo voluit, quemque ex litigatoribus conſervari in poſſeſſione ejus partis fundi, quam corpore occupavit, non attento animo, quem ferebant in totum fundum. Quod perinde eſt, ac decernere, *Uti poſſidetis, ita poſſideatis*, juxta primam ſententiam. Secundo pro reliqua parte, quæ corpore occupata non fuit, vel partes faciendas æquales, vel totam ſub ſequeſtro ponendam, quæ ſunt ſententiæ Bartoli & Plateæ.

Quod ſi probationes inæquales ſint, tunc ſi inæqualitas eſt in tempore, ille præfertur, cujus antiquior poſſeſſio eſt, *d.cap.licet, de probat.* Si eſt in titulo, ille præfertur, qui juſtum titulum probat, *d.cap.licet, verſ.ex præmiſſis.* Si demum eſt in teſtibus, præfertur qui plures teſtes produxit, vel certe meliores, Gomeſ.in *l.45.Tauri num.178.* ubi monet, teſtes dici meliores, vel ſecundum qualitatem perſonarum, vel veriſimilem depoſitionem, vel naturam negotii, *l.ob carmen, §.fin. ff.de teſtib.*

De acquirenda Poſſeſſione ad *leg.3. in princ.*

QUÆSTIO I.

DUo ſunt, quæ ad poſſeſſionem acquirendam exiguntur ſimul, Corpus & Animus, *l.3.in princ. ff.eod.* Pro Corpore intelligitur apprehenſio rei, quæ res propterea corporalis eſſe debet; jus enim, quod eſt incorporale, manu prehendi, vel pes in eo poni, oculuſque adjici non poteſt. Debet etiam eſſe vacua, id eſt, viduata poſſeſſore, *l.quod meo, §.penult. l.fundi, ff. eod.* quippe in traditione poſſeſſionis, per quam corpus amittentis cedit corpori acquirentis, fit vacuum ſimul, & impletur. Et ſicut duo corpora ſimul eſſe non poſſunt, ita duos, quemque in ſolidum, eandem rem poſſidere

im-

Digitized by Google

impoſſibile eſt, ut ſupra diximus. Pro animo intelligitur affectio, voluntas mens, vel inſiſtendi, ut in poſſeſſione naturali, vel dominandi, ut in civili.

Itaque ſolum corpus ſine animo ad poſſeſſionem acquirendam non eſt ſatis: alioquin ſomno correptus acquireret poſſeſſionem, ſi quis aliquid in ejus manu poneret, vel importaret in fundum. Ex quo fit, ut furioſus nequeat poſſeſſionem acquirere, ut qui animo caret: ita nec pupillus, qui ſit infans, vel infantiæ proximus: at ſi ſit proximus pubertati, recte acquiret; jam enim propter ætatem animum tenendi habet, *l.1. §.adipiſcimur, ff.eod.*

Factum tamen aliquando eſt utilitatis gratia, ut quod deeſt a corpore, id ſuppleatur ab animo; nam fundi totius poſſeſſionem acquiro, ſi partem aliquam attingam, dum ea mente ſim, ut fundum totum velim poſſidere; atque ita animo ſuppletur, quod a corpore deeſt, ne cogar ſingulas fundi glebas circumambulare, *l.3. §.1. ff.eod.* Sicut qui aurem alicujus tangit, totum eum tetigiſſe videtur, *l.vulgaris in princ. ff.de furt.* Ita quoque apprehenſio fundi, & ſcientia theſauri, qui in fundo eſt, facit ut etiam theſaurus apprehenſus intelligatur, *d.l.3. §.Neratius*. Sabiniani tamen putarunt, theſaurum non poſſideri, antequam ſit erutus & attrectatus, *l.peregre, ff.eod. l.theſaurus, ff.ad exhibendum.*

Vulgo tamen putant, poſſeſsionem nonnunquam ſine apprehenſione rei acquiri. Et probant ex *l.rem mobilem, ff.eod.* Nam ſi rem mobilem, quam tibi commodavi, vel quam apud te depoſui, non reddere, ſed tibi poſſidere conſtitueris; confeſtim ego, etſi perfidiæ tuæ ſim ignarus, deſino eam rem poſsidere. Ergo in hac ſpecie commodatarius vel depoſitarius ſolo animo poſſeſsionem acquirent. Nam dicitur, protinus ac poſsidere conſtitueris, te poſsidere.

Quæſtio videtur eſſe de poſſeſsione civili; namque jam ante commodatarius & depoſitarius poſſeſsionem naturalem obtinebant. Reſpondet tamen ibi Bartolus & Cujac. 26. *quæſt. Papin.* hæc non de ſolo animo, ſed de contrectatione accipienda eſſe. Cum enim hac in ſpecie commodatarius furtum faciat poſſeſsionis, & furtum ſine contrectatione non fiat, utique hic neceſſario contrectatio ſubintelligenda eſt. Quippe rem depoſitam apud te tunc deſino poſsidere, cum contrectas furti faciendi cauſa, non etiam ſi ſolum inficiandi animum habeas, *l.3. §.ſi rem, ff.eod.* Rejectum enim eſt, quod Sabinus putabat, ſolo etiam animo furtum fieri, ut ſi quis obtentu togæ, tanquam ſe amiciens, obſtet ne ſervus fugitivus a Domino videatur. Vide Gellium 11. *noct.att.* 18. Hinc conſtat, cur dicatur, a Domino etiam ignorante poſſeſsionem amitti, nempe quia furtum etiam ignoranti fit, ut quod clam fiat. Quanquam Sabinus potius de furti actione, quam de furto, loquutus videatur. Nam qui obtentu togæ ſervum fugitivum celat, opem præſtat, non furatur. Et Sabinum ad furtum exegiſſe contrectationem, patet ex *d.l.3. §.rem, ff.eod.*

Probant etiam ex *l.certi condictio, §.ult. ff.de reb.cred.* ubi ſi nummis,

quos

Digitized by Google

quos apud te depoſui, permittam te uti, ſtatim ſine apprehenſione dicitur celebratum mutuum; & rationem reddit Juriſconſultus in hæc verba: *Animo enim cœpit poſſidere*.

Omiſſa reſponſione Accurſii, qui divinat nummos fuiſſe in conſpeſtu, quaſi poſſeſſio oculis capta ſit, dicimus ante animum interveniſſe apprehenſionem ex cauſa depoſiti; quæ præcedens traditio, licet ex alia cauſa, ſatis eſt, ut tibi acquiratur ſtatim poſſeſſio, cum deinde eandem rem mutuam eſſe placet:ex fictione enim legis habetur perinde,ac ſi mutui nomine tibi tradita fuiſſet, ut dicitur in *§.interdum, Inſtit. de rer.diviſ.* & nos latius infra. Cum igitur in textu dicitur, animo incipere poſſidere, intelligitur quidem ſolo animo; ſed ideo, quia nil opus eſt nova traditione & apprehenſione, cum ſatis ſit apprehenſio & traditio præcedenter facta, quamvis ex alia cauſa.

Stet ergo, poſſeſſionem non quidem ſolo animo acquiri, niſi corpus accedat. Quæ communis opinio eſt; reſtringunt tamen id nonnulli, cum de favore Eccleſiæ agitur, quo caſu poſſeſſionem ſine apprehenſione rei transferri docent: & hanc poſſeſſionem civilem, vel civiliſſimam vocant, Caſſador. *dec.7. per tot.*

Moventur I. ex *l. raptores*, *§. ſi autem Diaconiſſa*, *C. de Epiſc. & Cleric.* ubi in ſubſtantia ejus, qui rapit Diaconiſſam, hæc acquirit uſumfructum, Eccleſia proprietatem, & plenam poſſeſſionem, ob favorem dignitatis Eccleſiæ. II. ex *cap. tranſmiſſa*, *de elect.* ubi Prælato jam confirmato conceduntur ea, quæ ſunt Juriſdictionis, non quidem nomine ſuo, ſed nomine & favore Eccleſiæ.

Sed neque hæc urgent. Nam quod attinet ad textum in *d.l.raptores*, reſpondet Giphanius hic in *l.3.* ibi agi non de acquiſitione poſſeſſionis, ſed de juſto titulo, qui Eccleſiæ competit ad obtinendam poſſeſſionem ejus, qui Diaconiſſam rapuit: & hic titulus eſt *Pro raptu*, de novo a lege in favorem Eccleſiæ introductus. Et falſum eſt, Epiſcopum confirmatum adminiſtrare ea, quæ ſunt Juriſdictionis, ſine corporali apprehenſione; traditur enim ei Eccleſiæ poſſeſſio per ſymbolum, id eſt, per cedulam, ut dicitur, Conciſtorialem, qua confirmatur electio, Barboſa *1. de Jure Eccleſiaſt.9. a num.10.* quam debet oſtendere eis, ad quos ea res pertinet, ut in *Extrav. communi, injunctæ §.præſenti*, *de elect.* Quamvis ſecus eſſe de Cardinalibus ſcribat idem Barboſa *alleg.111. num.35.* nempe poſſe eos beneficia conferre, & cetera, quæ ſunt Juriſdictionis, exercere, nondum capta poſſeſſione. Verum de traditione per ſymbolum mox dicetur latius.

Quod diximus ad poſſeſſionem exigi corpus & animum, ita eſt intelligendum, ut poſſit quis ſuo animo, & alterius corpore, vel ſuo corpore, & alterius animo poſſeſſionem acquirere: imo aliquando animo, & corpore alieno. Quæ breviter exemplis illuſtranda ſunt.

I. Infans poſſeſſionem acquirit corpore, & animo tutoris, interdum

corpore ſuo, & animo tutoris: quippe Infans, quia nullum ſenſum in accipienda poſſeſſione habet, nihil per ſemetipſum poſſidet, quod ait D. Auguſtinus 14. *de Trinitate*: *Puer infans, quamvis ditiſſimus natus, cum ſit dominus omnium, quæ jure ejus ſunt, nihil poſſidet mente ſopita*. Nihilominus auctoritate tutoris acquirere poſſeſſionem poteſt; nam judicium infantis ſuppletur auctoritate tutoris, ut dicitur in *l. quamvis, §. infans, ff. eod.* ubi notatur, id eſſe Jus ſingulare, utilitatis cauſa receptum. Ita Fridericus II. Regni Germanici, cum anniculus eſſet, & deinde cum bimus, utriuſque Siciliæ poſſeſſionem accepit auctoritate tutoris, Collenuccius *lib.* 4. Concordat *textus* in *l. 1. §. adipiſcimur, ff. cit. tit.*

Objicies ex *l. 3. C. eod.* ubi infanti donatarum rerum vacua poſſeſſio tradita corpore quæritur, quamvis animi plenum affectum non habeat.

Varie ſe torquent in hac difficultate Doctores, ut videre eſt apud Accurſium. Dynus diſtinguit; nam infans in jocalibus plenam animi affectionem habet, & horum poſſeſſionem ſine tutore acquirit, ut in *d. l.* 3. In fundo, & reliquis ejus generis, nullam habet affectionem, & ad acquirendam poſſeſſionem tutoris auctoritate indiget, ut Bartolus refert. Quæ diſtinctio rejicitur ex *d. l.* 3. ibi: *Licet animi plenus non fuiſſet affectus*: quibus verbis cognoſcimus, infanti poſſeſſionem acquiri etiam de rebus, quarum ſenſum non habet.

Placet itaque, quod Joannes Boſſianus antiquus interpres ait, in *d. l.* 3. dici quidem, infanti poſſeſſionem acquiri; ſed non negari res fuiſſe traditas auctoritate tutoris. Quod & in ea lege evidenter demonſtratur, cum reſcripti ratio redditur ex abſurdo, his verbis: *Alioquin nec quidem per tutorem poſſeſſio infanti poterit acquiri*. Et ſenſus eſt, ſi infanti per tutorem acquiri poſſeſſio poteſt, etiam non interveniente corpore infantis: & tutore igitur auctore infans ſuo corpore ſibi eam acquirere poteſt; quia affectio, quæ infanti deeſt, ſuppletur tutoris animo. Sequitur Cujacius in *d. §. adipiſcimur*.

II. Dominus aliquando acquirit poſſeſſionem corpore & animo procuratoris. Primo, ſi procurator Domino ignorante acquirat, *l. poſſeſſio quoque, §. ult. ff. eod. l. 1. C. eod.* Secundo, ſi Domino errante in corpore procurator non erret: nam ſi emendo & vendendo contrahentes erraverint in corpore fundi, & deinde in tradendo & accipiendo venditor & procurator emtoris conſenſerint, nihil obſtante errore contrahentium, utique emtori erranti acquiritur poſſeſſio per Procuratorem non errantem. Quod probat Ulpianus in *l. ſi me in vacuam, §. 1. ff. eod.* ea nempe ratione, quia ſi poſſeſſio per procuratorem ignoranti acquiritur; ergo acquiritur etiam erranti. *Nam*, ut ait Cujacius hic, *& error ignorantia eſt. Duo nempe ſunt ignorantiæ modi, ubi neſcimus omnino, & ubi perperam ſcimus*. Revera tamen plus eſt error, quam ſimplex ignorantia; quia error includit ignorantiam, & addit falſam extimationem. Unde eſt illud D. Auguſtini *Enchiridii cap.* 17. *Non continuo*, inquit, *errat quis, quan-*

do

Digitized by Google

do aliquid neſcit; *nam errare eſt approbare falſa pro veris*. Non ita eſt, ſi ipſi emtori erranti in corpore res a venditore tradatur; non enim eo caſu emtor poſſeſsionem acquirit, quia non ejus rei poſsidendæ animum habuit; & poſſeſsio non acquiritur ſine animo poſsidendi eam, *d. l. ſi me in vacuam*, *in princ.* Unde in ſuprapoſita ſpecie, cum procurator non errans acquirit poſſeſsionem Domino erranti, id accidit, quia Dominus acquirit corpore & animo procuratoris, id eſt, alieno: quod notandum eſt maxime.

Id ipſum eſt, ubi ſervus, vel filiusfamilias ex cauſa peculiari Domino, vel patri ignoranti, rerum poſſeſsionem acquirit; nam videmur eas res eorum & animo & corpore poſsidere, *l. 3. §. ceterum, ff. eod.* Nam ignorans impoſſibile eſt, ut habeat animum acquirendi, Accurſius in *l. peregre, §. quæſitum, verbo ut animo, ff. eod.* Nec eſt contra, quod dicitur in *l. 1. §. item acquirimus, ff. cit. tit.* ubi filiusfamilias & ſervus ideo ex cauſa peculiari nobis ignorantibus acquirunt, quia, ut textus ait, *noſtra voluntate intelliguntur poſſidere, qui eis peculium habere permiſerimus*. Nam id capiendum eſt de voluntate & animo generali, qui ex permiſſione peculii interceſſit: at in *d. §. ceterum*, de animo ſpeciali ſermo eſt.

III. Quandoque Dominus acquirit poſſeſſionem corpore procuratoris, quem mandavit in vacuam poſſeſſionem induci, ſed animo ſuo: veluti ſi rem accipiendo procurator emtoris erraverit in corpore, emtor emendo non erraverit; nam acquiritur emtori poſſeſſio, nec ei procuratoris ſui error quidquam obeſt, *d. l. ſi me in vacuam*, §. 1. Ratio eſt, quia non animo procuratoris mei, qui errat, acquiro poſſeſſionem, ſed animo meo, qui non erro. Id ipſum eſt de filio, & ſervo, cum extra cauſam peculiarem Nobis ſcientibus acquirunt. Verum opus eſt, ut ille, per quem volumus poſſidere, habeat intellectum poſſidendi, nam ſi ſervum furioſum mittam, ut mihi ſuo corpore poſſeſſionem acquirat, nihil ago, *l. 1. §. ceterum, cum ſeq. ff. eod.* Præterea opus eſt, ut ipſe velit Nobis acquirere poſſeſſionem; nam ſi ſervus meus, quem Juſſi poſſidere, eo animo intret in poſſeſſionem, ut nolit mihi poſſidere, ſed extraneo, utique non eſt mihi acquiſita poſſeſſio, *d. l. 1. §. hac quæ de ſervis*: erit tamen quæſita extraneo, ipſo ſcilicet volente, aut ratum habente, ut ibidem docet Cujacius per *l. ea quæ, ff. de acqu. rer. dom.*

Dubium eſſe poteſt, an per omnem procuratorem Nobis poſſeſſio acquiratur? Rogerius voluit, per ſpecialem ſolum: Joannes etiam per generalem; cui accedit Accurſius in *l. ſi rem, ff. de uſucap.* per illum textum, in *l. 1. §. per procuratorem, ff. eod.* quem ibidem Jaſon, Soccinus, & alii communiter ſequuntur: nam procurator poſſeſſionem Domino etiam ignoranti acquirit, ut dictum eſt.

Hæc de recepto Jure ſunt. Verum circa hoc idem caput adipiſcendæ poſſeſſionis nonnulla occurrunt de Jure controverſo, ſeu ambiguo,

biguo, quæ niſi ſeparatim per quæſtiones examinari non poſſunt. Ideo fit.

An ex donatioue inter virum & uxorem poſſeſſio transferatur.

QUÆSTIO II.

EGit de hac re Paulus in *l.* 1. *§.ſi vir*, *ff. eod.* his verbis: *Si vir uxori cedat poſſeſſionem donationis cauſa, plerique putant poſſidere eam: quoniam res facti infirmari Jure civili non poteſt. Et quid attinet dicere, non poſſidere mulierem, cum maritus ubi noluit poſſidere, protinus amiſerit poſſeſſionem?* Ex quibus patet, uxorem acquirere poſſeſſionem rei ſibi a marito donatæ & traditæ conſtante matrimonio: acquirere tamen non poſſeſſionem civilem, ſed tantummodo naturalem. Quod quidem probat Paulus duplici ratione.

I. Quia Jus, quod infirmat conjugales donationes, non eſt niſi civile Jus, hoc eſt oratio Divi Antonini, *l.* 1. *ff.de donat. int.virum & uxorem*. Sed poſſeſſio naturalis res facti eſt, ſeu in detentione conſiſtit, *d.l.* 1. *§.furioſus*, *ff. eod.* & res facti infirmari a Jure civili non poteſt, *l.in bello*, *§. facti*, *ff. de captivis*, *l. denique*, *ff. ex quib. cauſ.majores*. Ergo poſſeſſio rei donatæ & traditæ acquiritur uxori, tametſi conjugalis donatio Jure civili improbetur.

II. Quia de Jure civili eo caſu donatio inter conjuges infirmatur, quo alter conjugum ex donatione pauperior fit, *l.ſi ſponſus*, *§.ſi quis*, *ff.de donat. int. vir. & uxor.* Sed cum uxor poſſeſſionem rei donatæ acquirit, nihil maritus amittit, hoc eſt, ex ea pauperior non fit. Ratio eſt, quia poſſeſſio diſceſſit a marito, ex quo maritus noluit poſsidere, *l.* 3. *§.in amittenda*, *ff.eod.* Unde fit, non obſtare Jus civile, quin poſſeſſio uxori acquiratur: nam poſſeſſionem maritus dimiſit, uxor apprehendit. Concordat textus in *l.quod uxor*, *ff.eod.* *l.ſi donatæ*, *ff.de donat. int. vir. & uxor.* *l.* 1. *in fine*, *§.pro donato*, *l.* 1. *§.dejicitur*, *ff.de vi & vi armata.*

Hæc poſſeſſio, ut diximus, naturalis eſt. Ideo autem civilis poſſeſſio non poteſt acquiri uxori, quia cum donatio ſit illicita, adeo ut nulla ſubſit legitima cauſa acquirendi dominii, nequit poſſeſſio teneri animo & affectione Domini: nam uxor ex errore Juris putaret ſibi rem eſſe quæſitam. Et hoc eſt, quod dicitur in *l.ſi eum qui*, *ff. de donat. int. vir.& uxor.* ubi uxor rem ſibi a marito donatam Jure civili poſſidere non poteſt, hoc eſt, non poteſt civiliter, & animo Domini, ut notat Cujacius in *d.§.ſi vir*. Quocirca uxor non pro donato, ſed pro poſſeſſore, rem detinebit, *l. nec ullam*, *§.* 1. *ff. de petit. heredit.* *d. l. quod uxor*, *ff. eod.*

Ex

Digitized by Google

Ex iſtis plura colliguntur. I. Quia uxor ſibi poſſidet, *d.l.1. §.ſi vir*, ibi, *Poſſidere eam*, & tamen non civiliter poſſidet, *d.l.ſi eum qui*, ſed poſſidet tantum naturaliter, *d.l.1. §.dejicitur*; inde fit, civilem poſſeſſionem non eſſe detentionem cum animo ſibi poſſidendi, ut ſupra latius dictum eſt.

II. Hanc poſſeſſionem quæſitam ſibi poſſe uxorem poſſeſſoriis interdictis tueri & defendere, vel amiſſam reciperare, Cujacius in *d.§.ſi vir.*

III. Ex aliis capitibus hanc poſſeſſionem non eſſe inutilem; nam morte donatoris, qui in eadem voluntate perſeveret, confirmatur: quo caſu patietur Falcidiam, *l.in donationibus, C.ad leg.Falcid.* Præterea uxor in acquirendis fructibus rei donatæ, bonæ fidei poſſeſſori comparatur, *l.fructus, ff.de uſuris.* Et poſtremo invita uxor rem donatam vindicanti marito non reddit, ſi offerat verum ejus rei pretium, *l.ſi donatæ, ff. de donat. int. vir.& uxor.*

Ceterum ſupradictis obſtat, I.Ulpianus in *l.inter virum,ff.de donat. inter vir.& uxor.* ubi hæc habet: *Inter virum, & uxorem nec poſſeſſionis nulla donatio eſt*; hoc eſt, nec proprietatis, nec poſſeſſionis; quod utique intelligendum eſt non modo de poſſeſſione civili, ſed etiam de naturali. Unde fit, mulierem non poſſidere, cui maritus donationis cauſa poſſeſſionem rei donatæ ceſſit.

Reſpondemus cum Valentia hic *cap.7. num.4.* concedendo, donationem poſſeſſionis nullam eſſe; & negando poſſeſſionem non transferri: quippe hoc caſu mulier non poſsidet pro donato, ſed pro poſſeſſore, ut diximus. Quod Cujacius hic eleganter expreſsit verbis Peripateticorum, & præſertim Alexandri Aphrodiſæi, dicendo, mulierem prima ratione: *κατὰ τὸν πρῶτον λόγον*; non poſsidere, nempe quia ei poſſeſsio donata eſt: at e diverſo poſsidere ſecunda ratione: *κατὰ δεύτερον λόγον* hoc eſt, poſsidere, quia poſſeſsionem maritus dimiſit, ipſa vacuam apprehendit. Id ipſum eſt, ſi Domino proprietatis a fructuario uſusfructus cedatur; quippe ceſsio nullius momenti eſt, Domino tamen uſusfructus quæritur, *§. finitur*, ubi Pacius, *Inſtit. de uſufr.* Nempe non quæritur Domino prima ratione, ſeu vi ceſsionis; quia ceſsio eſt Juris translatio, & uſusfructus, utpote Jus perſonale, nequit ab uno in alterum transferri: ſed quæritur ſecunda ratione, quia fructuarius cedendo dimiſit, & propterea Dominus Jure conſolidationis acquirit.

Obſtat II. Quia uxor rem alienam ſibi a marito donatam uſucapere poteſt., *l.3. ff.pro donato*: Sed uſucapio civilem exigit poſſeſsionem, nec naturali aut injuſta contenta eſt, *l.improba, C.eod. l.emtor, C. de præſcript. longi temporis.* Ergo uxor civilem poſſeſsionem acquirit.

Verum nihil eſt, quod tam facile expediri poſsit; quippe maritus, qui rem alienam uxori donat, donando pauperior non efficitur: quare hæc donatio a Jure civili improbata non eſt, *d.l.ſi ſponſus, §.ſi quis.* Inde fit, ut hoc caſu uxor, tanquam ex valida donatione, civiliter poſsideat,

Digitized by Google

deat, & recte ſibi eam rem uſucapere poſsit, *l.ſed ſi conſtante, ff. de donat. int.vir.& uxor.*

Urgebis: aut mulier ſciebat, rem alienam eſſe, & deficiente bona fide uſucapere non poteſt, *l.2. ff.pro emtore*. Aut mariti eam eſſe credidit, & donationem valere: quo caſu cum Jure erret, uſucapiendi Jus non habet, *l.juris, ff.de jur.& facti ignor. l.nunquam, ff.de uſucap.*

Reſpondeo cum Caſtrenſi in *l.3. ff.pro donato*, mulierem credidiſſe rem mariti eſſe; quare malam fidem non habuit, cum ſe rem a Domino accepiſſe exiſtimaverit: & præterea credidiſſe donationem valere, nec propterea in Jure erraſſe: quippe donatio rei alienæ a marito uxori facta valida eſt, ut diximus. Ita etiam Faber *7.conject.13.* Valentia *loc.cit. n.8.*

An Municipia, & Collegia poſſideant.

Quæstio III.

MUnicipes hic ſunt cujuſque Civitatis cives, ut Campani, Puteolani, ſicuti eſt apud Feſtum. Unde Municipium pro Civitate, *l.incola, ff.ad Municip.* Hi an poſsideant, varie fuiſſe certatum apud antiquos Juriſconſultos, cognoſcimus hic ex *l.1. §.municipes, & l.2.* Et primo in *d.§.municipes* Paulus docet, municipes, id eſt, cives cujuslibet civitatis per ſe nihil poſsidere poſſe: ea ſcilicet ratione, quia *Univerſi conſentire non poſſunt*. Nempe (ut aliqui explicant) quia inter eos eſſe poſſunt infantes, aliique ſimiles, quorum nullus eſt conſenſus. Quæ explicatio ferri non poteſt; dixiſſet enim Paulus, *Singuli conſentire non poſſunt*, non *Univerſi*. Mens itaque Pauli eſt, quia Municipium eſt nomen Juris, & corpus quoddam univerſale conſtituit, quod vicem perſonæ ſuſtinet, *l.mortuo, ff. de fidejuſſor.* Inde fit, ut poſsidere nequeat, quia ad poſſeſsionem corpus & animus exigitur, *l.quemadmodum, ff.eod.* At Municipium vero animo & conſenſu caret.

Notandum hic eſt, a Paulo dici, Municipes nihil per ſe poſsidere poſſe; nam alia quæſtio eſt de intermediis perſonis. Refert enim idem Paulus, Nervam filium exiſtimaſſe, poſſe Municipium per ſervum ex cauſa peculiari poſsidere & uſucapere. Sed non defuerunt, qui hoc Nervæ dictum improbarent, ex eo quia Municipium non poſsidet ſervos. Ergo multo minus poſsidebit res per ſuos ſervos quæſitas. Quod Paulo etiam placere videtur.

Ulpianus tamen in *d.l.2.* hæc habet: *Sed hoc Jure utimur, ut & poſſidere & uſucapere Municipes poſſint: Idque eis & per ſervum, & per liberam perſonam acquiratur*. Ubi dicit generatim, *per ſervum*, hoc eſt, non ſolum ex cauſa peculiari, ut Nerva ſentiebat, ſed etiam extra peculiarem, uti conſtat ex *l.ſive autem, §.ult. cum l.ſeq. ff.de Public.* Quippe

ſi

ſi ſervus Municipii rem aliquam emerit, ſive peculiari nomine, ſive non, & traditam ſibi poſſeſsionem amiſerit, recte Municipes Publiciana utuntur, quaſi ipſi poſſediſſent: non enim Publiciana conceditur, niſi poſſeſſio quæſita ſit. Siquidem Publiciana ex Cujacio eſt Prætoria vindicatio, quæ amiſſa poſſeſsione datur ei, qui a non domino rem traditam ex juſta cauſa acquirendi dominii bona fide accepit, necdum uſucepit. Dicit etiam, *per liberam perſonam*, id eſt, per Actorem, Rectoremve Municipii, per Syndicum, ſimilemve perſonam.

Ex quibus omnibus conſtat, Municipes per ſe non poſſidere, nam id Paulus ait, nec Ulpianus negat. Quare nec proprie poſſident, ut voluit Accurſius, nec improprie, ut alii apud eundem cenſent. Diſſentiunt vero Paulus & Ulpianus in hoc, quod Paulus nec per alios Municipium poſſidere ait: Ulpianus vero & per ſervum & per liberam perſonam id ei concedit. Qui tamen diſſenſus facile conciliatur: quippe Paulus ſtricto Jure loquutus eſt, Ulpianus ex æquitate contrarium receptum ait; hoc enim ſignificant verba illa, *Sed hoc jure utimur*; quæ oſtendunt Jus ſingulare ex utilitatis gratia contra Juris regulas receptum, argumento *l.jam hoc jure*, *ff.de vulgari*. Neque hoc novum eſt; nam utilitatis gratia plurima contra Jus ſtrictum circa poſſeſſionem & uſucapionem recepta ſunt, *l.peregre*, *§.quæſitum*, *ff.eod.* *l.juſto*, *§.nondum*, *ff.de uſucap.* *l.1.* *l.per procuratorem*, *C.eod.*

Itaque licet Municipium per ſe non poſſideat, poſſidet tamen per intermedias perſonas. Quod eſt contra Rogerium, qui voluit eos tantum poſſidere, quibus Reipublicæ adminiſtratio commiſſa eſt. Hæc tamen Municipii poſſeſſio non eſt vera, quod poſt Bartolum, Paulum, & Alexandrum putabat Turaminus; ſed omnino ficta eſt, ut probatur ex *d.l.ſive autem*, *§.ult.* *ff.de Public.* ubi ſervus hereditarius, & ſervus Municipii comparantur; & dicitur heredem quaſi poſſediſſe per ſervum illum: ergo eodem modo Municipium quaſi poſſidet per ſervum, hoc eſt, ficte, quomodo res incorporales quaſi poſſideri dicuntur, *l.ult.* *ff.de ſervitut.*

Qua in re duo ſpecialia ſunt. I. ut ſervus, vel Rector, non poſſeſſus a Municipio ei tamen poſſeſſionem acquirat. Novum quippe non eſt, ut per eum, quem non poſsidemus, poſſideamus. Sed id ſingulari Jure procedit: nam ſervus alienus a nemine poſſeſſus poteſt mihi acquirere poſſeſſionem, ſi nomine meo eam adipiſcatur, *l.ſi me in vacuam*, *§.ult.* *ff.eod.* Id ipſum eſt in procuratore, & filiofamilias, *d.§.ult.* & *l.4.* *ff.cit.tit.* ut monet Cujacius hic in *l.1.* *§.per eam*.

II. Ut Municipium, cui verus animus, & verus conſenſus deeſt, habeatur tanquam ſi eo non careret, & poſſeſſionem per alios acquirat; quæ tamen poſſeſsio ficta eſt, ut diximus.

Objicies. Per ſervum, & Rectorem Municipii vere res corpore & animo detinentur. Ergo per ipſos vera poſſeſsio Municipio acquiritur. In promtu tamen reſponſio eſt, iſtos non ſibi ut ſingulis res detinere, ſed

ut

ut omnibus, id eſt, Univeſitati, quæ a ſingulis diſtinguitur; quæque verum animum non habet: & proinde fieri non poteſt, ut vera ejus poſſeſsio ſit, quandoquidem ille dicitur poſsidere, cujus nomine poſsidetur, *l.quod meo*, *ff.eod.* Quare Univerſitas poſsidet, cujus nomine Rector rem detinet: at in Univerſitate hoc, veritate inſpecta, omnino impoſsibile eſt, ob veri animi defectum, quidquid Turaminus repugnet.

Eodem modo alia multa Jure ſingulari in Municipiis recepta ſunt. Nam dubitatum eſt, an Municipium poſsit capere ex teſtamento: & ſtricto Jure negandum videbatur, quia *Univerſi cernere hereditatem non poſſunt*, ut ait Ulpianus in *fragment. tit.22.* Nihilominus utilitatis & æquitatis cauſa obtinuit, Municipiis teſtamento relinqui poſſe hereditatis, vel legati, vel fideicommiſsi titulo, Ulpianus *loc.cit. l.hereditatis*, *C.de hered. inſtit.* Quare Municipium bonorum etiam poſſeſsionem habet, *l.3. §.a Municipibus*, *ff.de bon. poſſ.*

Olim non recte legabatur Collegio Clericorum, vel Monachorum Conſortio, nec recte inſtituebatur heres. Id vero D.Hieronymus a Principibus Chriſtianis introductum ait, ad refrænandam avaritiam; nam in *libro de vita Clericorum* ait: *Non de lege conqueror, ſed doleo quod meruimus hanc legem. Provida, ſeveraque legis ſanctio, & ne ſic quidem refrænatur avaritia.* Hodie abrogatum eſt ex *l.1.C.de ſacroſ.Eccleſ.* Cujac.7. *obſerv.*30. & ad *d.l.3. §.a Municipibus*.

Ita quoque ſi legetur Municipibus ſub conditione ſi juraſſent, videtur conditio impoſsibilis, & pro non ſcripta habenda, quia univerſi jurare non poſſunt, fuit tamen receptum eos jurare, per quos Municipii res geruntur, *l.Municipibus*, *ff.de condit. & demonſtr.* Ceterum ex verbis Edicti Jusjurandum remittitur, quamvis compellantur facere id, quod ſe facturos jurare juſsi ſunt, *l.hæc ſcriptura*, *ff.cit.tit.l.qua ſub conditione*, *l.quoties*, *ff.de condit. inſtit.* Ita ergo, cum Civitas novo Regi ſe fidam & obſequentem eſſe & futuram jurare debeat, id per ſuos Rectores implet.

Non alia ratione Civitas de dolo non tenetur, nec dolo facere poteſt, quia id veram perſonam & conſenſum exigit, *l.ſi ex dolo*, *§.1.ff.de dolo*. Tamen improprie per Rectores delinquere dicitur, *l.metum*, *§.animadvertendum*, *ff.de eo, quod met. cauſa*: dummodo ita facere juſsi ſint; aliter non ipſa Civitas, ſed ſingulares perſonæ deliquiſſe cenſentur, *l.ſemper*, *§.in ſepulchro*, *ff.quod vi aut clam*, Doctores communiter apud Gomez.3. *var. cap.*1. *num.*52.

Et demum hoc ſenſu Univerſitas dicitur contrahere, ſe obligare, ſolutiones recipere, debitorem liberare, & ſimilia, *l.reſtituendæ*, *C.de advoc. diverſ. jud.*

Utrum

Digitized by Google

Utrum Servus, qui in fuga eſt, Domino poſſeſſionem ſui intervertat, & eidem poſſeſſionem acquirat.

Q u æ s t i o IV.

PRima Propoſitio. Servum fugitivum non deſinimus poſſidere. Ita Cajus in *l.rem quæ,ff.eod.* Cujus rei elegantiſſima ratio ibidem redditur, quia ſervus fugitivus ſe ipſum ſurripit nobis, ſeu ſui ipſius nobis furtum facit, *l.Ancilla*, *ff.de furtis*, *l.1. C.de ſervis fugitivis*. Quod perbelle Martialis expreſſit:

A pedibus didicere manus peccare protervæ.
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Sed ſervus nobis poſſeſſionem acquirit, *l.1. §.item acquirimus*, *ff.eod.* Unde fit, ut ſervus nobis ſui poſſeſſionem non intervertat. Eadem de cauſa, ſi rem aliquam nobis ſervus ſurripiat, quamdiu apud ipſum res eſt, tamdiu ejus rei poſſeſſionem non amittimus, *d.l.rem quæ*.

Alia, ſed Politica, ratio in *l.Pomponius in prin. ff.eod.* & in *l.interdum*, *§.ſervi*, *ff.de Publican.* aſſignatur, ne ſcilicet in poteſtate ſervorum ſit fugæ ſe tradendo Dominorum ſe ſubtrahere poteſtati.

Conſtat id ipſum ex noſtri Juris regulis, quæ docent, ejus rei, quam corpore & animo poſsidemus, vel ſolo animo, corpore nec noſtro nec alieno, poſſeſsionem ſolo animo retineri, nec amitti, niſi ab alio occupatam ſciamus, *l.peregre, §.fin.cum 2.ll.ſeqq. ff.eod.* Itaque quia ſervi fugitivi poſſeſsionem animo retinemus, eam non amittimus, niſi ſervus ab alio poſsideatur, bona vel mala fide, vel niſi diu pro libero ſe geſſerit, ut mox dicemus.

Itaque ſervus fugitivus intervertit Domino poſſeſsionem ſui, ſed eidem eandem acquirit. Quocirca ex Juris cenſura nec intervertiſſe videtur, ſemperque in eadem Domini poſſeſsione manſiſſe. Exemplo res elarius intelligetur. Quia filius in poteſtate donationem accipiendo a patre eandem patri, tanquam rem profectitiam, acquireret, ideo pater nec donaſſe cenſetur, Coraſius in *l.frater a fratre*, *ff.de condict.indeb.* & 4. *miſcell.3. num.6.* Illud verum eſt, ſervum, qui in fuga eſt, haberi pro furtivo, ad ejus uſucapionem perpetuo impediendam; quia ut dicitur in L.Atinia, *Quod ſubreptum erit, ejus rei æterna auctoritas eſto,* Gellius 17. *noct. atticar.7.*

Sunt qui contra objiciunt Modeſtini auctoritatem certam in *l.homo liber.in fine*, *ff.de acquir. rer. dom.* ubi Juriſconſultus negat, per ſervum fugitivum a Domino uſucapi; & ita loquitur: *Nec per fugitivum quidem, quem non poſſidet.* E Re-

Recte tamen ab Accurſio animadverſum eſt, ibi a Juriſconſulto non de omni fugitivo ſermonem haberi; ſed de eo, qui ab alio poſsidetur, vel pro libero diu ſe geſsit: hujus enim poſſeſsionem Dominus amittit, ut hic in *l.3. §.ſi ſervus*: quare nec antiquus Dominus amplius per eum poſsidere aut uſucapere poteſt. Itaque cum Modeſtinus ait, *Nec per fugitivum quidem, quem non poſſidet*, non ita intelligendus eſt, per nullum fugitivum poſſe uſucapi, ſed per eum, quem Dominus non poſsidet: quare potius videtur concedere, eſſe aliquem fugitivum, quem Dominus poſſideat.

Certant etiam auctoritate Papiniani in *l.ſi rem, ff.eod.* cujus verba ſunt: *Homines autem retinentur, ſi revertendi animum haberent*, ad diſcrimen ſcilicet rerum mobilium, quæ ratione vel anima carent, quarum amittitur poſſeſsio, ſtatim ac neglecta & omiſſa cuſtodia eſt. Itaque quia ſervus fugitivus redeundi animum non habet, *l.quod ſit fugitivus, ff.de ædilit. edicto*, utique Dominus poſſeſsionem ejus amittet.

Meminiſſe tamen oportet, ibi ſermonem haberi non de ſervo, qui fugit a Domino, de quo noſtra quæſtio eſt, ſed de eo, qui fugit a commodatario, vel depoſitario. Et quærit Papinianus, an per hujus fugam Dominus deſinat poſsidere; & diſtinguit, vel homo habet propoſitum redeundi, veluti ſi ideo fugit, ut ad Dominum rediret; & hoc propoſito poſſeſsionem ſui Domino conſervat: vel ea mente fugit, ut utroſque derelinquat, & Dominus poſſeſsionem amittit. Ratio eſt, quia Dominus hoc caſu non non per ſe poſsidet, ſed per Commodatarium: quare cum homo commodatarii cuſtodiam evadit, Dominus amplius non poſsidet; niſi homo propoſito redeundi ad Dominum illi ſui poſſeſsionem conſervet. Secus eſt, cum per ſe ipſum Dominus ſervum poſsidet, ut conſideranti patet. Atque ita difficillimus hic nodus, a quo nemo hactenus ſe extricare potuit, quam facillime ſolvitur.

Secunda Propoſitio. Per ſervum, qui in fuga ſit, poſſeſsio nobis acquiritur, ſi quid comparaverit, vel apprehenderit, ſuo vel Domini nomine. Magna olim hæc quæſtio fuit inter Proculianos & Sabinianos vexata. Quippe Nerva filius, qui fuit ex Proculianis, dicebat, per ſervum fugitivum nihil poſſe nos poſsidere, ut habetur in *l.1. §.per ſervum, ff.eod.* Nec movebatur Nerva ex eo, quod receptum eſt, ſervum fugitivum, quamdiu ab alio non poſsidetur, vel quamdiu ipſe ſe pro libero non gerit, interim a Domino poſsideri & uſucapi, id eſt, cœptam hujus ſervi uſucapionem fuga non interrumpi, *l.ſervi, §.ult. ff.de furtis, l.12. ff.de rei vendic.* Reſpondebat enim, utilitatis cauſa receptum eſſe, ut ſervus fugitivus ad unam tantum cauſam poſsideretur a Domino, id eſt, ad implendam uſucapionem; ne fuga ſervorum Domino, aut bonæ fidei poſſeſſori, damno ſit: eſſe id Jus ſingulare, nec poſſe ad conſequentias extendi, *l.quod vero, ff.de legib.* Id eſt, dici nequit, ſervum fugitivum in omnem cauſam a Domino poſſideri, ſed ad unam uſucapionem; ſicuti debitor

tor pignus ad unam tantum uſucapionis cauſam poſſidere dicitur, *d.l.1. §.per ſervum*.

E contrario Sabiniani, e quorum numero Caſſius & Julianus fuit, ſentiebant, per ſervum, qui eſt in fuga, Domino poſſeſſionem acquiri ex omnibus cauſis, ſicut per ſervos, quos in Provincia habet; nempe quia *fugitivorum poſſeſſio ſemper animo retinetur*, ut ait Paulus 3. *ſentent. tit. ult.* Et hæc ſententia ab eodem Paulo hic recepta eſt in *d.l.1.§.per ſervum*.

Obſtare tamen videtur. I. quod dicitur in *l.ſi ſervus, ff.de Public.* ubi ſi ſervus meus, cum in fuga ſit, rem a non Domino emat, Publiciana mihi competere debet, ut ſcilicet amiſſa rei poſſeſsione eam de Jure prætorio vindicem, tanquam ſi uſucepiſſem: & ſubdit ibi Pomponius: *Licet poſſeſſionem rei traditæ per eum nactus non ſim*.

Hic textus viſus eſt inexplicabilis Fabro in *Rational. ad eam legem*; putatque Pomponium Nervæ ſententiam amplexum fuiſſe. Placet tamen reſponſio Accurſii, Pomponium loqui de ſervo fugitivo, qui ab alio mala fide poſsideatur; hic enim nec ſibi, nec poſſeſſori, nec vero Domino poſſeſsionem acquirit, ut dicitur in *l.1. §.ſed & per eum, ff.eod.* Prorſus ut Pomponii mens ſit, Domino Publicianam competere, non ſolum ſi per fugitivum ſervum poſſeſsionem acquirat, ſed eo etiam caſu, quo poſſeſſionem rei traditæ per ſervum nactus non eſt.

II. Obſtat Ulpiani reſponſum in *l.ſervi, §.ult. ff.de furt.* ubi Julianus in Nervæ caſtra transfugiſſe videtur, & ſententiam mutaſſe. Nam Ulpianus de ſervo fugitivo loquens hæc habet: *Quod enim videor poſſidere, ad uſucapionem tantum mihi proficere Julianus ſcribit*.

Ad quam difficultatem ſubmovendam, opus eſt ſpeciem legis illius explanare, ex Valentia *cap.10. num.15. & ſequ.* Servus, cum in fuga eſſet, rem Domino ſubtraxit, deinde cœpit ab alio bona fide poſsideri, ex quo Dominus ſervi poſſeſsionem amiſit, *l.3. §.ſi ſervus, ff.eod.* Quæſitum eſt, utrum contra bonæ fidei poſſeſſorem danda eſſet Domino noxalis actio furti? Dubitationem movebat, quod qui noxali actione tenetur ob furtum ſervi, ipſe noxalem actionem habere non poteſt, *l.apud Antiquos, §.cumque generalis, C.de furtis*. Ergo quia Dominus noxali actione teneretur ob furtum a ſuo ſervo alteri factum, non poteſt noxalem actionem contra alium habere, ob furtum ab eodem ſuo ſervo ſibi factum. Contrarium tamen decidit Ulpianus; quia Dominus ſervi nomine, qui in fuga eſt, ſi furtum alii feciſſet, ipſe noxali actione non teneretur; nam ut quis noxali actione teneatur, oportet ut ſervum habeat in poteſtate, hoc eſt, ut eum exhibere poſsit, *l.quoties, §.in poteſtate, ff.de noxalib.l.poteſtatis, ff.de verb.ſign.* Et quamvis Dominus ſervum poſsideret, antequam ab alio bona fide poſsideri cœperit, id tamen non obſtat; quia hæc poſſeſsio ad uſucapionem tantum deſervit, non etiam ad hoc, ut exhibendi ejus poteſtatem habere cenſear. Quare concludit, competere huic Domino noxalem furti actionem contra eum, qui deinde bona fide cœpit ſervum poſsidere,

dere, nam noxa caput ſequitur, *§.omnis, Inſtit. de noxal.action.* Ex quibus apparet illud, *Tantum*, excludere poteſtatem exhibendi, de qua quærebatur, illiuſque reſpectu Julianum docere, tantum ad uſucapionem fugitivi ſervi poſſeſſionem Domino proficere: quamvis Accurſius illud taxativum *Tantum* putet excludere noxalem actionem, quod ſequitur Giphanius hic in *l.1. §.per ſervum*, & Valentia *loc. cit.* Unde fit, articulum taxativum hic non excludere ſimiles cauſas ad acquiſitionem pertinentes, qualis eſt uſucapio, cum ſolum excludat facultatem exhibendi ſervi, qui in fuga eſt.

Obſtat tandem, quod ſervus Domino non acquirit poſſeſſionem, niſi eam Domino velit acquirere, *l.1. §.hac quæ de ſervis, ff.eod.* Servus vero fugitivus, ſi quid ſuo nomine apprehendat, utique non ea mente facit, ut Domino poſſeſſionem quærat.

Reſpondetur, ſervum Domino poſſeſſionem non quærere, cum eam alteri quæſitam vult, ut in *d.§.hac quæ de ſervis*. Quare ſi non alteri, ſed ſibi quæſitam velit, adhuc Domino quærit, *§.ſive autem, Inſtit. de ſtipul. ſervor.*

Ceterum cum dicimus, ſervum fugitivum Domino poſſeſſionem acquirere, ita intelligendum eſt, ut ſi Dominus ſciat, ei acquiratur ex omni cauſa; ſi vero neſciat, acquiratur tantum ex cauſa peculiari, *l.peregre, §.quæſitum, ff.eod.* Quippe ſervus fugitivus non peculium, ſed liberam peculii adminiſtrationem amittit, *l.libera, ff.de pecul.l.rogaſti, §.fin. ff.de reb. credit.* ne res alienando, deteriorem Domini conditionem efficeret, *d.l.libera, l.ſi convenerit, ff.de pignor. act.* at recte Domino etiam ignoranti acquirit, cum peculium non ſit extinctum, & ſervi fuga nulla ex cauſa damnoſa eſſe Domino debeat, *l.1.C.de ſerv.fugit.* Quæ ut melius percipi poſſint, ſit.

An per ſervum vel filiumfamilias ex cauſa non peculiari poſſeſſio nobis acquiratur ignorantibus.

QUÆSTIO V.

ET communis opinio, poſt Bartolum & Alexandrum hic in *l.1.§.item acquirimus*, affirmat; quod ſequutus eſt Cujacius 24. *obſerv.*9. Et moventur ex pluribus.

I. Ex *l.quod ſervus, ff.eod.* ubi Jabolenus de ſervo ait: *Is, qui in tua poteſtate eſt, ignoranti tibi non corporalem poſſeſſionem, ſed juſtam poteſt acquirere, ſicut & id, quod ex peculio ad eum pervenerit*. Quippe particula, *ſicut*, ſimilitudinem ſtatuit, maxime ſubſequente particula extenſiva,

va, *&*, id eſt, *etiam*. Cum ergo utraque ſimilitudinis pars verſetur circa ſervum, & earum poſterior ſit de peculio, utique prior erit extra cauſam peculii, nam ſimilitudo eſt inter diverſa.

II. Ex *l.* 1. *§. per ſervum, qui in fuga, ff. eod.* Dicitur enim, poſſeſſionem nobis acquiri per ſervos, quos in Provincia habemus: quod certe ad eum finem dictum eſt, ut intelligamus, nobis etiam ignorantibus acquiri.

III. Ex *l. nunquam, §. ſi ſervus, ff. de uſucap.* ibi: *Si ſervus meus, vel filius, peculiari, vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans poſſideam, vel etiam uſucapiam*, &c.

IV. Ex *l. ſi me in vacuam, §. ult. ff. eod.* ubi generatim ſcriptum eſt, per ſervum mihi ignoranti poſſeſſionem acquiri.

Verior tamen eſt opinio Jaſonis, Zaſii, Aretini, & Valentiæ in *d. §. item acquirimus*, Aquilini in *l. ſi is, qui pro emtore, ff. de uſucap. n.* 91. & ejuſdem Cujacii *lib.* 23. *quæſt. Papin.* in *l. peregre, §. quæſitum*, & in *l. juſto, §. nondum, ff. hoc noſtro tit.* nempe poſſeſſionem Domino ignoranti acquiri ex cauſa tantum peculiari. Id ipſum intelligas de filiofamilias reſpectu Patris.

Quæ opinio aperte patet ex Paulo in *l.* 3. *§. ſaltus, ff. eod.* ibi; *Quaſdam res etiam ignorantes poſſidemus, id eſt, quas ſervi peculiariter comparaverunt*. Cujus rei duæ rationes præſtantur. Prior eſt Papiniani, nempe id utilitatis cauſa Jure ſingulari receptum eſſe (quia regulæ Juris ſunt, ut acquiram poſſeſſionem animo & corpore meo; animo alieno, corpore meo; animo meo, corpore alieno) ne cogatur Dominus per momenta ſpecies & cauſas peculiorum inquirere, *d. l. peregre, §. quæſitum*. Simile eſt in ſocietate omnium bonorum, ubi res omnes, quæ ſociorum tempore initæ ſocietatis ſunt, ſtatim ſine traditione communicantur: id enim etiam utilitatis cauſa inductum eſt, quia difficile eſſet, in ſingulis traditionem fieri, *l.* 1. *cum ſequ. ff. pro ſocio*. Poſterior eſt ejuſdem Pauli, qui ait, ſervos in cauſa peculiari ſemper ex noſtra voluntate intelligi poſſidere, ſcilicet, ex ea voluntate, quæ intervenit, cum ſervis peculium habere permiſimus, *d. l.* 1. *§. item acquirimus*, Quod eſt generatim; nam ſi in ſpecie loquamur, ſcilicet, cum ſervus ſingulas quaſque res acquirit, videmur eas eorundem ſervorum & animo & corpore poſsidere, ut idem Paulus inquit in *d. §. ſaltus*.

Neque in contrarium oppoſita urgent. Nam 1. quod attinet ad Jabolenum in *d. l. quod ſervus*, dicimus, totam eam *legem*, quanta quanta eſt, loqui de peculio, ut legenti manifeſtum eſt. Verum enim eſt primo generatim dici, poſſeſsionem corporalem per ſervum Domino ignoranti non acquiri, ſed juſtam; id tamen intelligendum eſt, ſi juſta ſit ex cauſa peculiari, ut ibidem Jabolenus oſtendit, cum hujus dicti rationem reddit, in hæc verba: *Quia quod ex juſta cauſa corporaliter a ſervo tenetur, id in peculio ſervi eſt*, *l. non ſolum in princ. ff. de pecul.* Ne tamen Jabolenus

nus circa poſſeſsionem corporalem videatur ſibi contrarius, notandum cum Cujacio *ibidem*, in illis verbis, *Qui in tua poteſtate eſt, ignoranti tibi non corporalem poſſeſſionem, ſed juſtam poteſt acquirere*, non negari ſimpliciter & indiſtincte omnem corporalem poſſeſsionem acquiri, ſed injuſtam; nam corporalis eſt genus, juſta ſpecies: ut ſenſus ſit, ſervus non acquirit Domino poſſeſsionem corporalem quamcunque, ſed acquirit eam tantum, quæ corporalis juſta eſt. Et proinde ſubdit: *Quia quod ex juſta cauſa corporaliter*, &c.

Illud quæri poteſt, cur Jabolenus quæſtionem moveat de poſſeſſione corporali, quæ & naturalis dicitur; non etiam de civili. Et reſpondendum eſt, hoc ideo factum, quia de poſſeſſione civili nulla difficultas eſt, quin Domino acquiratur ex conſenſu illo generali, quem ipſe peculium concedendo ſervo tribuit. Hæc enim civilis poſſeſſio in ſervo conſiſtere non poteſt, cum exigat animum dominantis, cujus ſervus incapax eſt, *l.in perſonam*, *ff.de reg. jur.* Difficultas ergo de ſola corporali poſſeſſione moveri poteſt, quæ in ſervo manere poteſt, ut in qua non exigitur, niſi animus inſiſtendi, qui ſervo non denegatur, *l.1.* *§.ceterum*, *cum ſeq. ff.eod.* De hac ergo loquitur Jabolenus, & diſtinguit, ſi fuerit injuſte quæſita, veluti per vim, eam manere in ſervo, cum Dominus non cenſeatur in ſervi delicto conſentire: at ſi juſte quæſita ſit, veluti ex precario, eam tranſire in Dominum ex conſenſu generali, quem in peculii conceſſione impertitus eſt.

Eſt itaque textus prædictus de cauſa peculiari accipiendus. Nec obſtat ſimilitudo, quam Jabolenus addit, his verbis: *Sicut & id* (in Pandectis Florentinis deeſt *Et*) *quod ex peculio ad eum (ſervum) pervenit (Dominus) poſſidet.* Nam hæc verba intelliguntur de peculio, quod ex Domino in ſervum pervenit, ut recte Cujacius *ibidem* explicat. Itaque duos caſus Juriſconſultus diſtinguit & confert, ambos circa peculium. Prior eſt, cum quid juſte ex cauſa peculii acquiritur: poſterior, cum peculium ipſum ſervo conceditur a Domino, & utroque caſu ait, Dominum poſſidere per ſervum, id eſt, animo ſuo, corpore ſervi.

Nec II. obſtat, nos acquirere poſſeſſionem per ſervos, qui in Provincia ſunt. Nam in *d.l.1.* *§.per ſervum*, *qui in fuga*, fit comparatio inter ſervum fugitivum, & ſervum in Provincia morantem. Et concedimus, per utramque Domino ignoranti poſſeſſionem acquiri; ſed terminis, ut dicitur, habilibus, id eſt, concurrentibus ceteris, quæ a Jure exiguntur, exempli gratia, ut ſervus non ſit in furore, ut velit mihi acquirere: ita ergo, ut cauſa peculiaris ſit. Quæ enim generatim dicuntur, ſemper terminis habilibus intelligenda ſunt, ut Aquilinus *loc.cit.* notat.

Ad id, quod III. objiciunt ex *d.l.nunquam*, *§.ſi ſervus*, varie a Doctoribus reſponſum eſt. Ibi habetur, ſive peculiari, ſive meo nomine, filius vel ſervus meus aliquid poſſideat, per eum, etiam ignorantem me poſſidere, vel etiam uſucapere. Placet tamen reſponſio Cujacii hic in *l.1.*

§.item

Digitized by Google

§.item acquirimus: nempe etſi regula ſit, poſſeſſionem mihi ignoranti extra cauſam peculiarem non acquiri a ſervo; id tamen reſtringi, quoties meo nomine ſervus acquirit, veluti ſi quis ſervo dicat: *Dono hunc equum Domino tuo*, & tradat, & ſervus Domini nomine apprehendat: quippe tunc per ſervum Domino etiam ignoranti equi poſſeſſio ſtatim acquiritur. Quod mirum non eſt, nam etiam ſervus alienus, ſi meo nomine rem apprehendat, ignoranti mihi poſſeſſionem acquirit, *d.l.ſi me in vacuam*, *§.ult.* Ita quoque procurator meo nomine mihi etiam ignoranti poſſeſſionem acquirit, & tutor, & curator, *l*. *§.per procuratorem*, *ff. eod. l.*1. 3. & 8. *C.eod. l.ſi rem*, *ff. de uſucap.* Eſt tamen notandum, hoc caſu Nobis acquiri poſſeſſionem tantum, non etiam uſucapionem, niſi poſt ſcientiam: nam poſſeſſio ſimul & uſucapio Nobis ignorantibus acquiritur ſolum ex cauſa peculiari ſervi, vel filiifamilias, ut mox dicemus. Proinde in *d.§.ſi ſervus*, verba illa, *Ut ego per eum ignorans poſſideam*, *vel etiam uſucapiam*, ita intelligenda ſunt, ut illud, *etiam uſucapiam*, referantur ad verba, *Peculiari nomine*, non etiam ad illa, *Meo nomine.* At illud, *Poſſideam*, refertur ad utrumque caſum. Poſſidere enim eſt commune utriuſque cauſæ, uſucapere peculiaris tantum.

Ceterum ratio, cur ſervus Domino ignoranti poſſeſſionem acquirat, ſi Domini nomine rem apprehendat, eſt quia habetur ut Domini procurator, ut recte notatur ab Accurſio in *d.l.nunquam*, *§.ſervus v.acquirat.* Eſt enim procurator tacite conſtitutus non a Domino, ſed a lege Domini voluntatem interpretante; ut in negotiorum geſtore patet, qui quod utiliter nomine alterius gerit, ejus voluntate geſſiſſe dicitur. Habet ergo hoc caſu ſervus accommodatam ſibi Domini voluntatem, non minus ac in peculio. In peculio, facto Domini, dum peculium conceſſit: in apprehendendo Domini nomine, ex interpretatione legis.

Supereſt ut reſolvatur IV. objectio ex *d.l.ſi me in vacuam*, *§.ult.* Et facile reſpondetur, ibi quamvis generatim dicatur: *Servus quoque meus ignoranti mihi acquiret poſſeſſionem*; id tamen intelligendum eſſe, ſi meo nomine rem apprehendat, ut ex ſequentibus patet: nam hujus dicti ratio redditur ex eo, quia etiam ſervus alienus poteſt mihi acquirere poſſeſſionem, ſi meo nomine eam adipiſcatur.

Eſt itaque diſcrimen inter ſervum peculiarem, & liberam perſonam, quia per ſervum in cauſa peculii non unam modo poſſeſſionem, quamvis ignorans, acquiro; ſed etiam uſucapionem perficio: at per liberam perſonam, licet ignorans poſſeſſionem adipiſcar, non tamen uſucapere incipio, niſi poſt ſcientiam, *l.2. ff. pro ſoluto*, *l.1. C.eod.* Id ipſum eſt, ſi ſervus non peculiaris meo nomine acquirat. Ratio diſcriminis eſt, quia ad uſucapionem exigitur bona fides, & proinde ſcientia; quippe ignorans neque bonam neque malam fidem habet; quæ bona fides non procuratoris, ſed Domini eſſe debet: ſicuti etiam Domini eſſe deberet in cauſa peculiari, niſi utilitatis cauſa jure ſingulari receptum eſſet, ut attenda-

tur

tur bona fides ſervi, *l.Labeo*, *ff.de uſucap. l.2. §.item Pomponius*, *ff.pro emtore*. At in poſſeſſione nihil refert, utrum juſte quis, an injuſte poſſideat, *l.3. §. e contrario*, *ff.eod.* Ita ratiocinatur Accurſius in *d.l.2.ff.pro ſoluto*, & in *d.l.1.C.eod.* Aliam rationem vide apud Cujacium 24.*obſer.*8. & Valentiam in *d.§.item acquirimus,a num.*21.

Quibus modis Poſſeſſio acquiritur.

Q u æ s t i o VI.

Quamvis poſſeſſio ſine corporali apprehenſione rerum nequeat acquiri, quia res facti eſt, *l.3. §.1. ff.eod. l.denique*, *ff.ex quib. cauſ. majores*; qui utique modus naturalis eſt, & eo caſu a noſtris poſſeſſio appellatur *Nativa*, ex Bartolo in *l.Titia,ff.de verbor.oblig.*& Decio in *l.contractus*, *ff.de reg. jur.* tamen utilitatis, vel etiam neceſſitatis gratia receptum eſt, ut per modos etiam a Jure fictos quandoque eam adipiſcamur; quibus caſibus poſſeſſio vulgo dicitur *Dativa*, ſeu *Artificialis*, & ita acquiſita omnes effectus obtinet, quos habet poſſeſſio naturali modo apprehenſa, & nihil a vera poſſeſſione diſtat. Egit de his modis Antonius Dadinus Alteſerra *de fiction. tract.3. cap.4.& 5.* Nos eos ad quatuor genera reducimus, quæ ſunt Fictio brevis longæque manus, Traditio per ſymbolum ſive notam, Traditio legalis, & Quæ in alia traditione fundatur.

I. Ergo eſt brevis & longa manus, & quid ſint in Jure noſtro, non admodum clarum eſt. Nos ita ſtatuimus.

Brevis manus eſt, cum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad ſecundum, a ſecundo ad tertium, unica tantum traditio fit, ſeu vera ſeu ficta, ut ſi primus tradat tertio. Manifeſtum id eſt ex Ulpiano, qui inter Juriſconſultos ſolus de brevi manu mentionem habuit in *l.licet*, *§.1. ff.de jure dotium*, ubi qui a Titio centum accipere debebat, ei accepto tulit, ſub ea lege, ut Cajæ intelligeretur donatum cauſa dotis: hic ea centum videtur Creditor brevi manu a Caja accepiſſe, & Titio dotis gratia dediſſe; qui Titius remanet debitor Cajæ, tanquam ſi ab ipſa accepiſſet. Ecce hic dat primus, id eſt Creditor, tertio, qui eſt Titius, brevi manu, quod tradere debebat Creditor Cajæ, quæ hic dicitur ſecunda, & Caja Titio cauſa dotis ſibi conſtituendæ. Similis caſus habetur in *l.hæc ratio*, *§.fin. ff.de donat. int.vir. & uxor.* in *l.2. §.cum vero*, in *l.qui id*, *§.fin. ff.de donat.*in *l.ſingularia,ff.de reb.credit.*& in *l.quod meo*, *§.venditorem*, *ff.hoc tit.*

Longa manus idem eſt, quod brevis, ut inter tot Interpretes ſolus Accurſius recte vidit in *d.l.licet*, *§.1.* & in *l.pecuniam, ff.de ſolution.* ubi ſolum mentio longæ manus habetur: ait enim ibi Jabolenus; rem mihi

de-

debitam ſi in coſpectu meo ponere te jubeam, finge ſupra menſam, efficitur ut tu ſtatim libereris, & res mea eſſe incipiat, & quodammodo longa manu tradita exiſtimanda eſt. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu qui es primus, tradere debebas mihi ſecundo rem debitam, quam ego ſecundus ſupra menſam, quæ eſt tertia, ponere debebam. Sed non ita factum eſt: verum tu primus ſupra menſam, quæ eſt tertia, poſuiſti.

Hoc factum per brevem manum diceret Ulpianus,ſed Jaboleno placuit longam manum appellare: uterque autem recte, cum ad diverſa reſpexerint. Brevis ideo eſt, quia duæ manus,ſeu traditiones, reſtrictæ ſunt,& veluti migrarunt in unam. Longa e diverſo manus eſt, quia una manus, ſeu traditio, tantum valet, quantum ſi duæ factæ manus eſſent.

Itaque graviſſime fallitur Hotomanus in *l.6. C. de donat.* ubi diſtinguit inter longam,& brevem manum; ita ut brevi manu id donari dicat, quod tranſit de manu donantis recta in manum donatarii:tunc vero longa manus,cum donator abſens abſenti per nuncium vel per procuratorem mittit.Falſus etiam eſt Dionyſius Gothofredus in *d.l.pecuniam*,cum putat longæ manus vocabulo intelligi oculos & affectum, quibus poſſeſſio rei quandoque apprehenditur, juxta illud *Deuteron.33.v.28.Oculus Jacob in terra frumenti & vini*: quod etiam dixerat Cujacius in *c.2.feudor.tit.3* qui deſumit id ex *l.1.§.pen.ff.hoc tit.* Verum licet ibi Paulus dicat, poſſeſſionem oculis quandoque apprehendi, non ideo ſtatim oculi longæ manus ſunt. Imo Jabolenus dicit,debitorem tradidiſſe pecuniam longa manu, quæ traditio non oculis, ſed manu facta eſt.

Fictio per ſymbolum eſt, cum unius rei traditio alterius rei traditionem factam inducit.

Hujuſmodi eſt I. per claves, ut ſi merces in horreo, aut vinum in cella vendatur, & clavium horrei aut cellæ traditio fiat, ipſæ merces & ipſa vina tradita videntur, *l.qua ratione, §.item ſi quis, ff.de acqu.rer.dom.* modo id fiat in re præſenti, hoc eſt apud ipſum horreum vel cellam, quod neceſſario exigi patet ex locutione conditionali *textus* in *l.clavibus, ff.de contr. emt.* ibi: *Poſſeſſio tradita videtur, ſi claves apud horrea traditæ ſint.* Concordat *textus* in *l.1. §.pen. ff.eod.* Ita quoque poſſeſſio ſacrarii per traditionem clavium apud ipſam Eccleſiam acquiritur. Vide Barboſam *de Canonicis cap.15.*

Hæc vero ſpecies fictionis per ſymbolum non in una ſolum poſſeſſione, quæ facti eſt, locum habet; ſed etiam in uſufructu & proprietate, quæ jura ſunt,in quibus caſibus fit translatio ſeu collatio etiam re non præſente. Etenim in feudis fit collatio & translatio uſusfructus a Domino in vaſallum per inveſtituram. *Inveſtitur quis Regno per gladium, Provincia per vexillum*, ut ait Otho Friſigenſis. Vide Accurſium in *Inſtit. tit. de verbor. oblig. in princ. v.firmum*, Baldum in *cap.1. col.9. tit. Quid ſit Inveſtitura, in uſibus Feudor.* Andream in *Proœmio ad eoſdem uſus col.ult.* Neque tamen in inveſtitura videtur translata poſſeſſio; nam poſt inveſti-

F turam

turam agitur ad tradendum, *cap.1. §.ult. de nova forma fidelit.*

Diximus, his ſymbolis transferri in feudis uſumfructum: quæ fuit Cujacii opinio in *lib.2.tit.13.in uſib. feudor.* Verius tamen eſt, transferri ſolum dignitatem regiam, ducalem, aut ſimilem; nam in beneficiis Eccleſiaſticis, ubi ſymbola hujus generis quoque interveniunt, non ullus uſusfructus, ſed dignitas translata ſeu collata intelligitur: neque ullum poteſt diſcrimen proferri inter ſymbola Feudalia, & Eccleſiaſtica. Itaque D.Bernardus in *ſerm. de cœna Domini* hæc habet: *Canonicus inveſtitur per librum, Abbas per baculum, Epiſcopus per baculum & annulum ſimul.* Ita quoque in tradendis ſeu conferendis Ordinibus Eccleſiaſticis variorum ſymbolorum uſus intervenit, de quibus in *diſt.23.* Adde, dignitatem Doctoralem per ſymbola quoque conferri, quæ recenſet Andreas Alciatus in *Parergis lib.2.*

Fatemur tamen, per ſymbola quandoque transferri proprietatem, ut in antiquo venditionis ædium contractu inter Paſcutium, & Sequitium, ubi ſcriba ait: *Tu Paſcuti fuſte illum inveſtito. Tu Sequiti fuſtem manu capito.* Ubi per eam ſcipionis traditionem proprietas ædium a venditore in emtorem translata intelligebatur, ſi Cujacium audimus; niſi placeat potius dicere, translatam cenſeri poſſeſſionem. Contractum, de quo dixi, habes apud Briſſonium *de Formul. lib.6. pag.559.*

II. Per inſtrumentum; nam ſi inſtrumentum, quo mancipium emi, tibi donationis cauſa tradam, mancipium quoque ipſum donaſſe & tradidiſſe videor, *l.1. C.de donat.* Quo tamen caſu rei ſeu mancipii donati præſentia non eſt neceſſaria, ut ibidem notat Giphanius; quia inſtrumentum eſt loco rei, cujus Jus in eo continetur. Aliud eſt in clavibus, in quibus certe Jus contineri non poteſt, & earum traditio prope horreum requiritur, ut ſciatur ſine fraude, quæ merces, & in quo horreo conditæ tradi intelligantur. Non itaque ſemper rerum præſentia exigitur, ſed in certis tantum caſibus, ut & Cujacius admonuit *4.obſ.3.*

Et huc pertinet, cum Epiſcopo Eccleſiæ poſſeſſio traditur per cedulam Conciſtorialem, qua confirmatur electio, ex qua Epiſcopus poteſt adminiſtrare ea, quæ ſunt Jurisdictionis, ubi ipſam oſtendit iis, ad quos pertinet, *Extrav. injunctæ, §.præſenti, de elect.* quippe in hac quoque Cedula Eccleſiæ Jus continetur, ut propterea loco rei ſit.

III. Eſt pars pro toto. Ita tradere vinum deguſtandum emtori, pro totius dolii traditione habetur, *l.1. & 4. ff.de peric.& comm.rei vend.* Et huc referenda eſt *Scotatio*, de qua ex conſuetudine Daniæ meminit Summus Pontifex in *cap.2. de conſuet.* ex qua rerum donatarum poſſeſſio in Eccleſiam cenſetur translata. Eſt autem Scotatio, cum Donator glebam ſuper Epiſcopi pallio, vel ſuper altare imponebat, & teſtato dicebat, ſe vacuam rerum donatarum poſſeſſionem in Eccleſiam transferre, hoc enim caſu pariter pars pro toto traditur, hoc eſt, gleba pro fundo. Ceterum Scotatio deflectitur a *Scot*, quod Germanorum lingua eſt Contributio,

no-

Digitized by Google

nobis *Scotto*. Unde pecuniam, quam olim Regnum Angliæ in ſignum ſubjectionis D.Petro quotannis ſolvebat, appellabatur *Romiſcot*. ut quod a ſingulis de populo contribuebatur, Cironius 1. *obſerv.jur. Canon.*9.

IV. Species pro quantitate. Exemplum eſt in *l.rogaſti, ff.de reb.cred.* ubi ſi rogaſti me, ut tibi pecuniam crederem, & ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam vendêres, & nummisutereris, ipſa pecunia, quam ex venditione comparabis, mutua eſſe dicitur. Itaque traditio ſpeciei, nimirum lancis, inducit per ſymbolum traditionem ipſius pecuniæ, ſeu quantitatis.

Traditio legalis eſt, ubi nihil traditur, ſed tale aliquid fit, unde rem traditam intelligere oportet.

Hujuſmodi eſt I. per ſatiſdationem; nam cum is, cui novum opus nunciatum eſt, ſatiſdat de opere demoliendo, ſi denuncians de Jure ſuo doceat; tunc ſatiſdans poſſeſſor fit, eique ædificare licet, *l.ſi alius fecerit, §.ait Julianus, ff.quod vi aut clam.* Quamvis Bartolus cum aliis opinetur, per ſolam operis novi nunciationem eum, cui nunciatum eſt, fieri poſſeſſorem, ex *l.*1. *§.in operis, & l.de pupillo, §.meminiſſe, ff.de oper.novi nunciat.* De qua tamen re latius infra in *l.naturaliter, §.nihil commune, par.*3.

II. Exceptio uſusfructus: ut ſi donando rem, uſumfructum mihi excipiam, rem ipſam tradidiſſe videor, & ita perfecta donatio eſt, *l.quiſquis rem, C.de donat.* Ratio eſt, quia uſusfructus & proprietas ſimul in eodem eſſe non poſſunt, & nemini res ſua ſervit. Hæc fictæ traditionis ſpecies antiquis Juriſconſultis (quidquid repugnet Cujacius 19. *obſ.*18.) nota non fuit, argumento ex *l.Seja, ff.de mort.cauſa donat.* ubi Seja Titio cognato bona ſua donavit, eaque ipſi tradidit, ſed ſibi uſumfructum excepit. Utrumque igitur ibi intervenit, nempe & traditio corporalis, & exceptio uſusfructus: fuit enim ea donatio per mancipationem celebrata, ut oſtendunt verba illa, *Traditionibus factis*, nam ait: *Seja cum bonis ſuis, traditionibus factis, Titio cognato donationis cauſa ceſſiſſet, uſumfructum ſibi recepit*. Nec quod dicatur, *Ceſſiſſe*, propterea ulla hic in Jure ceſſio comminiſcenda eſt; nam in Juris ceſſione ſatis erat, ſibi bona abdicare, ſine ulla traditione, Chavarri in *Didaſcalia multiplici par.*1. *cap.*1.*n.*3. Deinde hæc fictio introducta fuit ex conſtitutionibus Principum in duobus caſibus, donationis & dotis, quæ & ipſa eſt donationis ſpecies, *l.pen. & ult. C.Theod. de donat.* Verum Tribonianus eas leges cum retuliſſet in codicem Juſtinianæum in *d.l.quiſquis rem*, extendit etiam ad venditionem.

III. Eſt rei demonſtratio; nam columnæ, & ſimiles res, quæ propter magnitudinem ponderis facile loco moveri non poſſunt, pro traditis habentur, ſi emtor & venditor in re præſenti conſenſerint, ut dicitur in *l.*1. *§.pen. ff.eod.* Quod intelligendum eſt, ſi columnæ demonſtrentur; quippe illa demonſtratio pro traditione habetur, ex *d.l.quod meo, §.ſi venditorem,* ubi ſi mihi vicinum fundum mercaturo venditor ex mea turre demonſtret,

vacuamque poſſeſſionem ſe tradere dicat, non minus poſſidere incipio, quam ſi pedem finibus intuliſſem.

IV. Cuſtodiæ poſitio. Ita ſi acervum lignorum emero, & cum venditor tollere me juſſerit, ſimul atque cuſtodiam appoſuero, traditus mihi videtur, etiamſi corpore acervus non ſit apprehenſus, *l.quorundam, ff.eod.*

V. Eſt Conſignatio; quippe traditæ videntur tabulæ, quas emtor ſignavit, *l.quod ſi neque in fine, ff.de peric. & comm.rei vend.* Dubitatum tamen eſt, an id ipſum locum haberet in vino: & Trebatius docuit, ſi dolium ſignatum ſit ab emtore, traditum cenſeri: cui diſcipulus Labeo contradixit, quia dolium non ſolet ſignari, ut traditum videatur, ſed ne vinum ſubmutetur; & huic ſententiæ adhæret Ulpianus in *l.1.§.ſi dolium, ff.cit.tit.*

Ad Conſignationem referri poſſe videtur infixio haſtæ, de qua vetus quæſtio fuit in Thracia inter Andrios & Chalcidenſes, ut refert Plutarchus *qq.Græc.*29. Erat Acanthus urbs a barbaris deſerta: ad ejus poſſeſſionem acquirendam duo pariter viri acceſſerunt, alter ab Andriis miſſus, a Chalcidenſibus alter. Accidit, ut Chalcidenſis prior excurreret, jamjam urbem vacuam occupaturus. At Andrius, qui retro currebat, haſtam conjecit, & urbis portæ infixit, ac ſe haſta Andriis urbem præcepiſſe exclamavit. Hinc orta lis, quam in Erythreos, Samios, ac Parios, litigantes compromiſerunt. Plutarchus teſtatur, pro Andriis duos ſtetiſſe, pro Chalcidenſibus ſolos Parios. Itaque Andrii vicerunt: neque enim dubitandum, quin major pars prævaluerit; quamvis Hugo Grotius *lib.2. jur. Holland. cap.*8. §.6. contrarium putet, quem recte coarguit Ulricus Hubertus 4. *digreſſion. Juſtinianæar. cap.*18. §.2. Ratio ex eo pendet, quia poſſeſſio per haſtæ infixionem per fictum quidem modum eſt: ſed poſſeſſio ficto modo quæſita nihil in effectu diſtat ab ea, quæ naturali modo apprehenditur, ut jam dictum eſt.

VI. Exemtio. Qui ergo ſaxum de ſuo eximere mihi permiſit, donationis cauſa, ſtatim ac lapis exemtus eſt, habetur ut quaſi traditus, & meus fit. Idem quoque Jus eſt, ſi permiſerit legere racemum uvæ, arborem cædere, ſtirpem evellere, *l.qui ſaxum, ff.de donat.* Idem eſt in arena, creta, marmore, & ſimilibus, *l.permiſit, ff.de praſcr. verb. l.ſi cum mihi, ff.de dolo malo.*

VII. Ingreſſio, ut ſi conſenſu Auctoris, id eſt, venditoris, in poſſeſſionem emtam ingreſſus fuero, ea mihi tradita cenſetur, *l.quædam, ff.de rei vind. l.non idcirco, C.de contr. emt. l.ſi emancipatis, C.ſi quis alteri, l.minus, C.hoc tit.*

VIII. Precarium vel Conductio. Quare ſi quam rem tibi donavi, eandem a te precario recipiam, aut conducam, dicitur perfecta donatio, & res tibi intelligitur tradita, *l.ſi aliquam, ff.eod.d.l.quædam.* Idem eſt per ſimplex Conſtitutum, de quo latius infra in *l.quod meo.* Idem eſt in Tranſactione & in Jurejurando in litem *l.ejus rei, cum ſequ.ff.de rei vind.* & in Societate

Digitized by Google

tate omnium bonorum, *l.*1.*&* 2. *ff.pro ſocio*. Idem etiam in Acceptilatione, & Novatione, ut patet.

Tandem eſt Corona Memorialis. Clericus enim vel Monachus, qui ſua bona Monaſterio aut Eccleſiæ vovebat, in ſignum oblationis & donationis, coma depoſita, ampliorem coronam geſtabat, per quam Monaſterio aut Eccleſiæ tradita & quæſita poſſeſſio intelligebatur, ut patet ex Innocentio III. *epiſt.*245. *lib.*1. & ex Concilio Cabilonenſi 11. ſub Carolo Magno *can.*7. Id hodie receſſit ab uſu; nam ſolum per Religionis profeſſionem bona Eccleſiæ cenſentur tradita & quæſita, niſi prius de ipſis Monachus diſpoſuerit, *auth. ingreſſi*, *auth. ſi qua mulier*, *C.de ſacroſ. Eccleſ.*

Ultima ſpecies fictæ traditionis eſt, quæ fundatur in vera traditione antecedenter facta: ut rem tibi tradidi ex cauſa depoſiti, vel mutui: mox vero eandem rem tibi vendidi, vel donavi; ſtatim ſine nova traditione tibi dominium acquiritur per ſolam patientiam, cum patior rem perpetuo penes te eſſe, *l.qua ratione*, *§.interdum*, *ff.de acqu. rer. dom. l.certi condictio*, *§.ult. ff.de reb. cred.*

Vulgo Doctores putant, ex ſententia Judicis dominium transferri, ex *§.ult.Inſt.de offic.Jud.* ubi id, quod in tribus iſtis judiciis, Familiæ Erciſcundæ, Communi dividundo, & Finium regundorum, alicui adjudicatum eſt, ſtatim ejus fit, cui adjudicatum fuit. Recte tamen Faber *dec.*98.*err.*1. hanc ſententiam ex ipſo *§.ult.* aperte reprobari docet: nam ſi in tribus iſtis judiciis, quod adjudicatum fuit, ſtatim ejus fit, cui adjudicatum eſt, conſequens eſt, ut in aliis judiciis omnibus aliud fit: nec enim omnis judicatio eſt adjudicatio. Quippe dominium transfertur non ex vi ſententiæ Judicis, ſed ex poteſtate adjudicationis; quæ adjudicatio ex lege XII. tabularum unus eſt ex modis particularibus acquirendi dominii, Ulpianus in *Inſtit. tit.*19. *de domin.& acquiſit.rer.* Hi vero ſunt Mancipatione, Traditione, Uſucapione, in Jure Ceſſione, Adjudicatione, Lege, ut *ibid. §.*1.

De Retinenda Poſſeſſione.

Q u æ s t i o VII.

Quoniam conditio hominis non patitur, ut poſſit quis per ſingula horarum momenta rebus ſuis corpore incumbere; merito factum eſt, ut poſſeſſio, licet non niſi corpore & animo acquiratur, tamen ſolo animo poſſit retineri; quamvis nullum relinquamus in re, ſive ſervum ſive liberum hominem, qui noſtro nomine rem detineat, *l.*3. *§.ſi quis nunciet* 6. *& §.ſaltus* 9. *l.clam*, *§.qui ad nundinas*, *ff.eod.* & in ſpecie *l.*9. *§.ult. ff.de reb. cred.*

Dubium tamen eſt, utrum hereditas jacens retineat poſſeſſionem,

quam

Digitized by Google

quam defunctus acquiſivit? Et communis opinio docet, hereditatem non vere poſſidere; quia poſſeſſio facti eſt, cujus facti capax non eſt perſona ficta, uti hereditas, ſed tantum perſona vera. Imo volunt, nec poſſidere ficte, quia fictio ad ea, quæ facti ſunt, non pertinet, *l.denique,ff.ex quib. cauſ.major.l.in bello, §.facti, ff.de captivis.* Unde quia furtum poſſeſſionis eſt, propterea hereditati furtum non fit, *l.1.§.Scævola, ff.ſi qui teſt. lib.* Ita poſt alios Cujacius *lib.23. quæſt.Papin.* in *l.juſto, §.nondum,ff.de acquir.poſſ.* Faber in *Rational.* in *l.miles, ff.ex quib. cauſ. major.*

Verius tamen eſt, hereditatem fingi poſſidere; non tamen generatim in quantum ad omnia,ſed tantummodo in quantum ad unum caſum, ut ſcilicet poſſit perficere uſucapionem; nam ſi defunctus cœpit uſucapionem,hereditas jacens uſucapionem perficit, ſi res medio tempore a nullo poſſeſſa ſit: atque ita poſſeſſio teſtatoris heredi prodeſt, *l.poſſeſſio teſtatoris, ff.de uſucap.*

Et probatur I.quia uſucapio ſine poſſeſſione eſſe non poteſt,*§.& ideo, Inſtit. de uſucap.* Sed hereditas uſucapit. Ergo etiam poſſidet. Non enim recipi poteſt, quod Faber & Cujacius volunt, Jure ſingulari conſtitutum eſſe, ut a poſſeſſione cœpta uſucapio, etiam ſine poſſeſſione continuetur. Non, inquam, recipi poteſt, quia hoc Jus ſingulare nuſquam in toto corpore Juris expreſſum eſt, & omnino fictum ab adverſariis. Dicendum itaque eſt, hereditatem hoc caſu æquiparari debitori, qui pignus creditori datum poſſidet, ſed ad unum tantum caſum, ut uſucapiat, *l.1. §.per ſervum corporaliter, ff.eod.* Æquiparari etiam ei, qui precario alteri rei poſſeſſionem conceſſit, nam & is poſſidet ad unicum uſucapiendi effectum, *l.& habet, §.eum qui, ff.de precario*: favet enim lex uſucapioni, ut quæ litibus finem imponit.

Probatur etiam ex *l.gerit, ff.de acquir.hered.* ubi hæc habentur: *Cujus poſſeſſio qualis qualis fuit in hereditate*: quæ verba duo oſtendunt. Primo, hereditatem poſſidere. Secundo, ejus poſſeſſionem eſſe non plenam, ſed imperfectam; cum ceteris Juris effectibus careat, una uſucapione excepta.

Non negamus tamen, qualem qualem poſſeſſionem aliquando denotare poſſeſſionem naturalem, ſeu detentionem; & hoc ſenſu Fructuarium dici qualiter qualiter eſſe quaſi in poſſeſſione, *l.3. §.ult.ff.de vi & vi arm.* & qui precario in fundo moratur, dici qualiter qualiter poſſidere, *l.is qui, §.Ariſto, ff.cit. tit.* At in aliis caſibus affirmamus, illis verbis Juriſconſultos rem ſignificare, quæ imperfecta ſit, *l.reſcriptum, §.1.ff.de diſtract.pignor.l.1.§.ſed & ſi ſervus,ff.de ventre inſpic.l.is qui,ff.de acquir.hered.l.ult. §.fin ff.de divort.l.ult.ff.de inoff.teſt.* Ceterum in noſtra ſpecie dici nequit, poſſeſſionem hereditatis eſſe naturalem, quæ non eſt ſatis ad uſucapionem: conſequens eſt, ut illis verbis ſignificetur poſſeſſio civilis, ſed non plena nec perfecta.

Sunt qui noſtram concluſionem probent etiam ex *d.l.cum miles,ff.ex quib.*

Digitized by Google

quib.cauſ.major. in illis verbis: *Quia poſſeſſio defuncti quaſi juncta deſcendit ad hereditatem, & plerumque non adita hereditate completur*. Sed hoc nihil probat; nam poſſeſſio eo loco pro uſucapione poſita eſt: hæc enim eſt, quæ completur aliquando ante hereditatem aditam. Ita quoque poſſeſſio pro uſucapione eſt in *l.denique,ff.ex quib.cauſ.major.*in *l.ſi fundum, ff.de fundo dotali*, cum concordantibus, ut ſupra notatum eſt.

Nec obſtat, quod Adverſarii objiciunt, fictionem ad res facti non pertinere; nam id verum eſt, quando factum ad Jus non tendit: quod ſecus eſt in caſu noſtro, ubi poſſeſſio hereditatis tendit ad uſucapionem, quæ Juris eſt; tunc enim lex in rebus facti fingit, *l.conſilium, §.quæſitum, ff.de curator.furioſ.* ubi in ſolutione, venditione, traditione, ſatis eſt conſenſus unius ex Curatoribus furioſi, quia alter fingitur conſentire; ideo ſcilicet, quia hujuſmodi actus facti magis quam Juris ſunt. E contrario in his, quæ meri Juris ſunt, ut in arrogatione furioſi, omnium curatorum expreſſus conſenſus exigitur, *l.fin. C.de auctor. præſt.* Id quod ſupra etiam diximus.

De amittenda Poſſeſſione.

Q u æ s t i o VIII.

TRes hic caſus principales diſtinguere oportet. Primus eſt in rebus immobilibus, quas ſolo animo poſſidemus, ut accidit de ſaltibus hybernis & æſtivis; & harum poſſeſſionem ſolo animo amittimus, ut recte notat Harmenop.2. *Procbin.*1. *in princ.* At ſi dum poſſeſſionem animo retinemus, alius ingrediatur, & rem occupet, adhuc poſſeſſionem retinemus, ſed quouſque ab alio occupatam ignoremus; nam ignorantia non tollit animum, & quod animo retineo, mihi non tollitur, niſi animo deſinente: ad exemplum obligationum, quæ eodem modo ſolvuntur, quo quæri adſolent, ut dicitur in *l.quamvis ſaltus*, *ff.eod.* Unde ſi reſciverim, alium fuiſſe ingreſſum, tunc poſſeſſionem ejus rei amitto, ſcilicet ſi timore conterritus noluerim accedere; videor enim ea formidine animum amittere, *l.3. §.ſi quis nuntiet*, *l.7. ff.eod.* Vel ſi Occupator Dominum revertentem non admiſerit, *l.clam, §.qui ad nundinas*, *ff.eod.*

Hæc in rebus ſoli locum habent: nam rei mobilis poſſeſſionem etiam ignorantes amittimus, puta ſi ignoremus rem ſurreptam: quippe rerum mobilium facilius, quam ſtabilium, poſſeſſio amittitur; veluti ſi neglecta & omiſſa cuſtodia ſit, etiamſi nemo alius invaſerit, *l.3. §.Neratius*, & *§.Nerva*, *l.ſi rem mobilem*, *ff.eod.* Hinc ſi lapis meus demerſus ſit in flumen, nec ſtatim extractus, dominium ejus retineo, poſſeſſionem amitto, quia deſiit eſſe ſub cuſtodia mea, *l.Pomponius*, *ff.eod.* Hinc etiam ſi quam poſſidebam rem mobilem ita perdiderim, ut ignoretur ubi ſit, poſſeſſionem amiſi, *l.ſi id quod, ff.cit.tit.*

In

In ſervo ſpeciale eſt, ut cum poſſideamus, quamvis deſierit eſſe ſub cuſtodia noſtra, ſive eum nemo apprehenderit, ſive apprehenderit, & hoc ignoremus; quia poteſt homo propoſito revertendi Domino poſſeſſionem ſui conſervare, *d.l.ſi rem mobilem in fine*. Imo ſervus etſi propoſito revertendi careat, ut eſt de fugitivo, tamen ſui poſſeſſionem Domino intervertere nequit, *l.rem quæ, d.l.Pomponius in princ. ff.eod. l.interdum, §.ſervi, ff.de public.* ut latius ſupra.

Secundus caſus eſt de rebus immobilibus, quas quis poſſidet animo ſuo, & corpore alieno, id eſt, coloni vel ſervi. Et expulſo ſervo vel colono, nos, etſi id ignoremus, poſſeſſionem amittimus, *d.l.peregre, §.ult.* Et ratio eſt, quia nos expulſi videmur, *l.1. §.quod ſervus, ff.de vi & vi armata*, ubi notatur etiam, nobis competere interdictum unde vi.

Quod ſi ſervus ſit, quem per alium poſſidemus, is ſtatim ac fugam arripit, nobis poſſeſſionem ſui intervertit, niſi eo animo aufugerit, ut ad nos redeat, *l.ſi rem, ff.eod.* Secus eſt, ſi nos animo & corpore noſtro poſſideamus; quo caſu ſervi fugitivi poſſeſſionem non amittimus, niſi diu ſe pro libero geſſerit, vel ab alio poſſideatur, ſive bona ſive mala fide, *l.3. §.ſi ſervus, ff.eod.* ut latius ſupra.

Illud quæſitum eſt, utrum locator deſinat poſſidere, ſi colonus deferendæ poſſeſſionis cauſa ſponte de fundo exiiſſet. Idem eſt de ſervo, & de quacunque alia perſona, per quam poſſidemus. Hæc quæſtio olim Sabinianos, & Proculianos commiſit. Nam Sabinus docuit, locatorem deſinere poſſidere, ſi colonus deſidia vel dolo de fundo diſceſſiſſet, animo deferendæ poſſeſſionis: colono vita decedente, non item. Ita etiam Aphricanus in *l.ſi de eo, §.1.* & Pomponius in *l.ſi colonus, ff.eod.* dum ait locatorem poſſidere, ſi colonus exierit de fundo non deferendæ poſſeſſionis cauſa. Nam inde ſequitur ex contrario ſenſu, locatorem non poſſidere, ſi colonus de fundo digrediens habuerit animum deferendæ poſſeſſionis. Ceterum Aphricanus & Pomponius ex Sabini ſententia hæc propoſuerunt, ut Cujacius in citatis legibus obſervat.

In contrariam ſententiam ivit Proculus, qui indiſtincte, ſive colonus deceſſerit, ſive diſceſſerit, Dominum non amittere poſſeſſionem docuit. Quod ſequutus eſt Paulus in *l.3. §.quod ſi ſervus, ff.eod.* in hæc verba: *Quod ſi ſervus vel colonus, per quos corporaliter poſſidebam, deceſſerint diſceſſerintve, animo retinebo poſſeſſionem*. Hujus diſſidii cauſa videtur fuiſſe, quia ex Sabino colonus poſſidet naturaliter; at idem ex Proculo nullo modo poſſidet, licet in poſſeſſione ſit.

Et Proculi ſententiam ut magis æquam amplexus eſt etiam Juſtinianus in *l.ult. C.eod.* ubi expreſſe rejecta Sabinianorum opinione, ſtatuit nihil penitus Domino præjudicii generari, ſi ſervus, procurator, colonus, inquilinus, vel quiſpiam alius, per quem corporaliter poſſidemus, poſſeſſionem vel deſidia reliquerit, vel dolo alii prodiderit. Vide latius Cujacium ad Aphricanum in *d.l.ſi de eo, §.1.* Fabrum *dec.4. per tot.* Merillum in 50.*deciſ.Juſtin.dec.*47.

Duo

Digitized by Google

Duo itaque Locatori ſive Domino Juſtinianus impertitur. I. interdicta retinendæ poſſeſſionis; quippe locator adhuc poſſidet, ut recte Martinus obſervat ex illis verbis: *Nihil penitus Domino præjudicii generatur*; quamquam Joannes hæc verba cœperit de dominio, non de poſſeſſione, ut Domino competant interdicta recuperandæ poſſeſſionis, quem ſequutus eſt Menochius *de recuper. rem.* 14. II. ut præterea Dominus agere poſſit contra colonum, procuratorem, aliamve liberam perſonam, ut ſibi reſarciatur omne damnum, quod ex eorum negligentia vel dolo ipſe paſſus ſit, actione ſcilicet locati, mandati, & ſimiliter, ut ibidem patet. Vide late Fabrum *dec.* 57.

Tertius caſus eſt de rebus immobilibus, quas quis poſſidet corpore & animo ſuo. Et hic magna inter Juriſconſultos diſſenſio eſt; nam ſolo animo poſſeſſionem amitti, ſæpius in hoc noſtro titulo ſtatuitur, a Paulo in *l.* 3. *§. in amittenda*, his verbis: *In amittenda quoque poſſeſſione affectio ejus, qui poſſidet, intuenda eſt. Itaque ſi in fundo ſis, & tamen nolis eum poſſidere, protinus amittes poſſeſſionem. Igitur amitti & animo ſolo poteſt, quamvis acquiri non poteſt*. Idem haberur ex Ulpiano in *l. ſi me in vacuam*, & ex Papiniano in *l. peregre*, *§. ult.*

Verum Paulus ſibi ipſi adverſari videtur in *l. quemadmodum*, *ff. eod.* ubi inquit: *Quemadmodum nulla poſſeſſio acquiri niſi animo & corpore poteſt; ita nulla amittitur, niſi in qua utrinque in contrarium actum eſt*. Concordat *textus* in *l. fere*, & in *l. nihil tam naturale*, *ff. de reg. jur.* ex ea nempe regula, quia nihil tam naturale eſt, quam rem eodem modo ſolvi, quo fuit conſtructa.

Pro qua antinomia ſolvenda varie ſe torquent Doctores apud Accurſium in *d. §. in amittenda*, Connan. 3. *comm.* 9. Fachin. 8. *contr.* 21. Communiter diſtinguunt cum Joanne antiquo Juris noſtri interprete. Aut enim amiſſio poſſeſſionis incipit ab animo; & ad amittendum ſatis eſt ſolus animus, ut patet in Conſtituto: quippe amittitur ſolo animo poſſeſſio fundi, ſi non inde corpore noſtro diſcedamus, ſed maneamus nomine alieno, *l. quod meo*, *ff. eod.* Et ita intelligitur *textus* Pauli in *d. l.* 3. *§. in amittenda*, & Ulpiani in *d. l. ſi me in vacuam*, cujus verba ſunt: *Animo deponere & mutare poſſeſſionem nos poſſe, & Celſus & Marcellus ſcribunt*. Dicit *deponere & mutare*, quia in conſtituto mutatur poſſeſſor; nempe poſſeſſionem deponit Conſtitutor, qui eam mutat in Conſtitutarium.

Aut incipit a corpore, ut ſi quis a fundo digrediatur; & tunc id ſatis non eſt, niſi animus deponendi poſſeſſionem accedat, ut intelligitur *textus* in *d. l. nihil tam naturale*, & in *d. l. quemadmodum*, qui explicandi ſunt ex *textu* in *d. l. fere*, ubi dicitur, poſſeſſionem fere amitti animo & corpore, hoc eſt, non ſemper, ſed ut plurimum. Hanc eandem diſtinctionem ante Joannem docuit Bulgarus in eadem *l. fere*, quo nomine in notis Placentinus eum laudat, os aureum vocans, egregie id eum excogitaſſe teſtificans. Sequitur Cujacius *ibidem*, & in *d. l. quemadmodum*.

Utrumque docuit Papinianus in *d.l.peregre*, *§.ult.* quippe ait: *Nam ejus quidem, quod corpore noſtro teneremus, poſſeſſionem amitti, vel animo vel etiam corpore.* Quibus verbis continuo ſubjicit circa ſecundam partem diſtinctionis: *Si modo eo animo inde digreſſi fuiſſemus, ne poſſideremus*. Quare cum ab animo incipit, ſatis eſt ſolus animus; cum a corpore, opus eſt ut accedat animus.

Quod attinet ad modos, quibus poſſeſſio amittitur, ii omnes ſunt, quibus Jure gentium dominium amittitur; aut ſi res fiat ſacra, ſancta, vel religioſa; aut ſi in aliam ſpeciem mutata ſit, veluti ſi ex lana veſtis fiat, *d.l.3. §.Neratius, l.qui univerſas, §.poſſeſſionem, ff.eod.*

De Commodis Poſſeſſionis.

Quæstio Ultima:

Commoda poſſeſſionis multa ſunt, nec modica; quæ in cauſa ſunt, ut plerumque, & fere ſemper, ingens exiſtat contentio de ipſa poſſeſſione, ut notat Juſtinianus in *§.retinendæ*, *Inſtit. de Interdictis*. De his Commodis hic ultimo loco agendum eſt.

De primo Commodo, quod eſt Acceſſio.

Primo eſt Acceſſio, de qua late in *l.Pomponius*, *§.1. cum ſeqq. ff.eod.* & in *tit.Digeſtorum*, *de diverſis & temporalibus præſcriptionibus*, *& de acceſſionibus poſſeſſionum*. Eſt autem Acceſſio, Conjunctio poſſeſſionis Auctoris, & ejus qui ab eo habet, ad ſubducendam rationem legitimi temporis, quo impleri uſucapio ſolet. Et hæc conjunctio locum habet tam in ſucceſſore rei, quam Juris.

Ita emtor, qui eſt rei ſucceſſor, ſuæ poſſeſſioni conjungit tempus, quo venditor rem poſſedit: & contra poſſeſſio emtoris accedit poſſeſſioni venditoris, ſi ſcilicet emtor ob morbum vitiumve latens rei venditæ, rem redhibuerit venditori, *d.l.Pomponius*, *§.præterea*. Legatarius tribus acceſſionibus gaudet, temporis quo legator poſſedit, quo hereditas jacuit, & quo heres poſſedit ante exiſtentem conditionem legati conditionalis, vel ante reſtitutionem legati puri, *ibidem*, *§.ſed & legatario*.

In herede, qui eſt ſucceſſor Juris, habet locum acceſſio, non ſecus atque in emtore, aut alio quocunque, qui ſit ſucceſſor rei. Diſtat tamen heres ab emtore in hoc, quia quod Auctor præ mala fide uſucapere non potuit, id tamen emtor bonæ fidei uſucapiet, ſi non utatur acceſſione Auctoris. Secus eſt in herede; nam quod propter malam fidem defunctus uſucapere non potuit, ejus heres, etiamſi a ſe inchoet poſſeſſionem, nec uta-

utatur adminiculo poſſeſſionis defuncti, uſucapere non poteſt, licet ipſe heres bonæ fidei poſſeſſor ſit. E contrario quod uſucapere defunctus potuit, & heres uſucapere poteſt, & utetur acceſſione, licet ipſe malæ fidei poſſeſſor ſit, ut contra Azonem tuetur Accurſius in *l.vitia,C.eod.*& Joan. in *l.nihil, C.de uſucap.pro herede*,Doctores magis communiter cum Albe-rico,& Baldo in *d.l.vitia*, Cujac. in *l.Pomponius*, *§.ſi liber*, *ff.eod.*

Id I. conſtat ex Papiniano in *l.cum heres*, *ff.de diverſ.præſcript.* ubi generatim ſcriptum eſt: *Heres ignoratione ſua vitia defuncti non excludit*. Ubi illud, *defuncti*, demonſtrat de vitiis perſonalibus ſermonem haberi: nam vitia realia appellantur *vitia poſſeſſionum,l.vitia, C.eod.*Demonſtrant id ipſum verba ſequentia: *Velati cum ſciens alienum illum, ille vel precario poſſedit*, ut in Pandectis Florentinis legitur.Cujacius ad Papinianum ibi emendat: *Sciens alienum, vel vi, vel precario.* Faber vero *dec.76. err.10. Sciens alienum, clam ille, vel precario*. Alii aliter. Quærit ibi Papinianus, an heres ignorans precarium defuncti, poſſit uſucapere, aut præſcribere? Utrumque negat ea ratione, quia licet heres bonæ fidei ſit, tamen defunctus, qui precario rogavit, fuit in mala, & vitium defuncti tranſit in heredem etiam ignorantem. Quæ certe ratio viget, quamvis heres a ſe ipſo uſucapionem, & longam poſſeſſionem inchoare velit.

II. Conſtat ex *l.ult.C.comm.de uſucap.*ubi indiſtincte heres bonæ fidei non uſucapit, *propter defuncti vitium*, ut textus ait, hoc eſt, etiamſi a ſe uſucapionem ordiri contendat, mala defuncti fides ei erit obſtaculo.

Certe in hac lege, & in antecedenti *l.cum heres*, quæſtio non fuit, an heres uti acceſſione poſſet; neque de hoc poterat dubitari, propter apertam Juris regulam, quæ habet, *Poſſeſſio vitioſa non accedit non vitioſæ*, *d.l.Pomponius*, §.1. Quæſtio ſolum fuit, an heres a ſe uſucapionem inchoare poſſet: & id in citatis Juribus negatur.

Ratio dubitandi erat, quia ſingularis ſucceſſor, uti emtor, donatarius, legatarius, ubi bonæ fidei eſt, a ſe uſucapit, quamvis Auctor, id eſt, venditor, donator, legator, in mala extitiſſet, *l.an vitium, ff.de diverſ. præſcript.* ibi: *Et puto neque nocere, neque prodeſſe; nam denique & uſucapere poſſum, quod Auctor meus uſucapere non potuit*. Etiam heres ſi ex rebus defuncti quidquam titulo ſingulari quærat, recte uſucapit, non obſtante ipſius defuncti vitio. Vide *textum* in *d.l.an vitium*, §.1.

Ratio vero deciſionis in contrarium pendet ex eo, quia uſucapio ſine titulo non conſiſtit, id eſt, ſine juſta cauſa poſſeſſionis, *§.noviſſime,Inſtit. de uſucap.* Heres vero non poſſidet res a defuncto ſibi obventas, nec pro ſuo, nec pro donato, aut alio titulo ſingulari; ſed ſolum titulo univerſali pro herede, *l.1.ff.pro herede*: ſed heres Jura defuncti repræſentat, id eſt, præter alia, etiam bonam, aut malam fidem. Et hoc ſibi volunt verba illa *d.l.cum heres*: *Cum heres*, inquit, *in Jus omne defuncti ſuccedit, ignoratione ſua vitia*, *&c.* Ergo propter obicem malæ fidei nec a ſe

uſucapere poteſt. Hæc in Succeſſore ſingulari locum non habent.

Nec I. in contrarium urget, Jura perſonalia non tranſire in heredem; uti in uſufructu conſtat: nec dubitari poſſe, quin mala fides inter Jura perſonalia ſit. Nam facile reſpondetur, Jura perſonalia duplicis eſſe generis: alia, quæ cum perſona pereunt, ut uſus, uſusfructus, habitatio; alia, quæ non pereunt, nam & actiones, & obligationes, Jura perſonalia ſunt, & tamen in heredem tranſeunt, *l. aliam, ff. de novat.* Et inter hæc, bona & mala fides eſt, ut ex citatis juribus palam eſt.

Nec II. urget *l. 1. C. de præſcr. longi temp.* qua ſe tuetur Azo, ubi generatim ſcriptum eſt: *Res, quæ ad nova dominia tranſeunt, poſſe præſcribi, ſi novus poſſeſſor acceſſione prioris Domini, qui in mala fide fuit, non utatur.* Id enim verum eſt in *novis dominiis*, ut textus ait, hoc eſt, in ſucceſſoribus ſingularibus, non etiam in herede, qui novus Dominus non eſt, ut qui idem cum defuncto Dominus eſſe dicitur, *auth. de jurejur. a morien. præſt.*

Nec III. obſtat Pomponius in *l. plerique, ff. pro herede*, ubi ſi putem rem aliquam ex hereditate eſſe, quæ non ſit, plerique putaverunt poſſe me uſucapere. Nam reſpondetur, ſpeciem eſſe in defuncto, qui nec bonæ nec malæ fidei ſit, ut qui nullam de re notitiam habuit; veluti ſi in ſtabulo defuncti equum alligatum reperiam, de quo nihil defunctus ſciebat. Eum ego ex hereditate eſſe putavi. Quæſitum eſt, an uſucapere poſſim? Quidam negabant, ex eo quod nullum titulum habere videor; deficit enim hic titulus pro herede, qui locum habet in iis tantum rebus, quas teſtator poſſidebat, & ex hereditate ſunt. Plerique tamen putarunt, me uſucapere titulo ſaltem pro ſuo, quibus Pomponius conſentit.

Hæc, quæ diximus, non modo in herede extraneo locum habent; ſed etiam in ſuo, ob rationem ſupradictam. Vulgo id probant ex *l. nihil, C. de uſuc. pro herede*, illis verbis: *Nihil pro herede poſſe uſucapi, ſuis heredibus exiſtentibus, obtinuit.* Ita communiter poſt Accurſium illum textum intelligunt. Sed tamen alia omnino ſpecies eſt; non enim ulla ibi mentio bonæ vel malæ fidei defuncti; ſed generatim dicitur: *Nihil pro herede poſſe uſucapi.* Species ergo ita ponenda eſt. Quidam deceſſit, præteritis filiis in poteſtate, alio inſtituto herede, qui ob ignorantiam vel Juris vel Facti, hereditatem tempore legitimo bona fide poſſedit. Quæſitum eſt, an uſucapiat pro herede contra filios ſuos heredes? Et negatur, quia titulus nullus eſt ex teſtamento nullo; titulus vero nullus uſucapionem impedit, *l. 1. §. ſi pater, ff. pro donato.*

Objicies. Filii non ſolum uſucapiunt pro herede, ſed etiam pro ſuo; *l. pen. §. ſi pater, ff. pro ſuo*, quia ſcilicet Domini ſunt, etiam vivo patre, *l. in ſuis, ff. de lib. & poſth.* Ergo patre in mala fide exiſtente, quamvis filius ſuus heres nequeat a ſe ordiri uſucapionem titulo pro herede, poterit tamen titulo pro ſuo.

Diſtinguimus antecedens, Filii uſucapiunt pto ſuo, ſi rem habeant

ex

ex ſucceſſione patris, negamus. Si vero habeant ex diviſione bonorum; quam pater vivus cum eis fecit, & convenit inter filios, ut poſt mortem patris rata eſſet, concedimus. Et hæc eſt ſpecies *d.l.pen. §.ſi pater*, ut recte Accurſius ibi, quem vide. Ratio vero, cur uſucapiant pro ſuo, non eſt quia vivo patre domini ſunt; nam cum res fuerit aliena, nec pater nec ipſi erant domini; ſed quia bona, quæ ex diviſione pervenerunt, tanquam ſua poſſidere cœperunt, argumento ex *l.3. ff.pro ſuo*.

Hæc quæ de Acceſſione diximus, vera ſunt, ſi medio tempore, id eſt, ſi poſt mortem teſtatoris, & ante aditam hereditatem, res vacua fuerit, & a nullo poſſeſſa; nam ſi in alterius manu fuit, interrumpitur poſſeſſio. Id ipſum eſt in Succeſſore ſingulari, *d.l.Pomponius*, *§.quæſitum*, *l.pen.§.1. ff.de div.& tempor. præſcr.*

Eſt tamen ultimo loco notandum, quod quamvis Acceſſio tunc locum habeat, cum prior poſſeſſio vitioſa non fuit, id eſt, non vi, non clam, non precario; tamen excipitur, cum poſſeſſio vitioſa, exempli gratia, Prædonis, mihi reſtituitur juſſu Judicis: quo caſu poſſeſſio vitioſa accedit non vitioſæ, ut probatur ex *d.l.Pomponius*, *§.ſi juſſu*, qui conjunctis ultimis verbis §.antecedentis, ita legi debet: *Prædone poſſidente, ſi juſſu Judicis res mihi reſtituta ſit, acceſſionem mihi eſſe dandam, placuit*, ut ex Baſilicis obſervat Cujacius *ibidem*. Ratio eſt, quia *reſtituendi* verbum, quo Judex uſus eſt, plenam ſignificationem habet, ut & mihi poſſeſſio accedat, & proficiat ad uſucapionem, *l.ult.§.ult.ff.de verb.ſignif.* Poteſt autem Judex facere, ut poſſeſſio vitioſa meæ accedat, tanquam non vitioſa, propter auctoritatem rei judicatæ, *l.ſervo,§.cum Prætor,ff.ad Trebell. l.ſi fidejuſſor, §.in omnibus*, *ff.mandati*.

De ſecundo Commodo, quod eſt judicium ſummarium.

DUo poſſeſſoria judicia diſtinxit Paulus de Caſtro *conſ.3.lib.2.* Unum ordinarium plenum, quod Jure actionis expeditur, cujus finis eſt, ut Judex pronunciet, uter poſſideat; ita enim fiet, ut is, qui victus eſt, petitoris partes aſſumat, & de dominio quæratur, *l.exitus*, *ff.eod.* Ratio cur plenum ſit, eſt quia qui vicit, perpetuo manet in poſſeſſione, uſque dum victus in petitorio obtineat. Quia ergo maximi præjudicii eſt, omnes Juris ſolemnitates exigit, libellum, litis conteſtationem, plenam probationem, & reliquum judicii ordinem. Hinc ſententia cenſetur diffinitiva, & ab ea appellari poteſt, exequutione tamen non retardata, Afflictus *dec.269.*

Alterum eſt ſummarium, quod Judicis officio expeditur; cujus finis eſt, ne lite pendente Partes veniant ad arma, ſe invicem turbando, cum uterque dicat ſe poſſidere: quippe ſummatim debet Judex cognoſcere,

uter

Digitized by Google

uter ſit in poſſeſſione, ex *l.æquiſſimum, ff.de uſufr.* Hoc autem perpetuam cauſam non habet, ſed dumtaxat ut lite pendente is, qui potiora Jura oſtenderit, remaneat interim in poſſeſſione. Quare non exigitur libellus, nec litis conteſtatio, nec plena probatio, & ſententia cenſetur interlocutoria, a qua non appellatur. Ita nec teſtes reprobantur, nec ſcripturæ impugnantur, nec locum habet reſtitutio in integrum, Capyc. *dec.*13.*&* 55. Sequuntur communiter Doctores apud Menoch. in *prælud de recup. poſſ. num.*24. *cum ſeqq.* quamvis repugnet Aquilinus in præfat. ad *l.naturaliter, §.nihil commune, num.*15. *ff.eod.*

Quod ſi eo non obſtante Partes, turbando, veniant ad arma, Judex idem cauſæ civilis ea de re cognoſcet, non Judex quæſtionis, ſeu criminalis, Sanfelic. *dec.*67. *lib.*1.

De tertio Commodo, quod eſt Miſſio in poſſeſſionem.

PRo adipiſcenda poſſeſſione eſt remedium Juſtiniani in *l.ult. C.de edicto D. Hadriani toll.* Olim Fiſcus ex omnibus hereditatibus viceſimam capiebat ex lege Julia; excepto eo caſu, quo filii vel parentes eſſent inſtituti, qui aſſem illibatam accipiebant. Quæ lex cum variis interpretationibus producta, aut reſtricta eſſet, tandem edicto Hadriani confirmata fuit; in quo edicto, ut quam promtiſſime Fiſco viceſima ab herede ſolveretur, ſtatutum fuit ut heres ſcriptus ſtatim poſt teſtatoris mortem, aperto teſtamento, nullis obſtantibus oppoſitionibus, mitteretur in poſſeſſionem bonorum defuncti, apud quemcunque ea bona reperirentur, viceſima Fiſco ſoluta. Opus autem erat, hereditatem intra annum adiri; alioquin Fiſco deferebatur. Donec a Gratiano Imperatore viceſima ſublata eſt, ut putat Alciatus 4. *diſpunct.*6. ut accipienda ſunt verba Juſtiniani in *d.l.ult.* ibi: *Viceſima hereditatis ex noſtra receſſit Republica*. De hac Fiſci portione mentio quoque habetur in *l.*68. *ff.ad leg.Falcid.* cujus inſcriptio in Pandectis Florentinis ita ſe habet: *Æmilius Macer lib.*2. *ad legem viceſimam hereditatum*, Antonius Auguſtinus 1. *emend.*1. Et de ea capiendus eſt Martianus in *l.filiusfamilias, §.divi* 2. *ff.de leg.*1. ut *tit.de legatis* explicabimus. Vide Cujacium 9. *obſerv.*24. & Balduinum in *Juſtiniano ad d.l.ult.*

Ipſe itaque Juſtinianus ex edicto Hadriani, ſublato eo, quod Fiſci favorem reſpiciebat, id tantum retinuit, quod in heredis ſcripti beneficium tendebat; & ſtatuit, quod ſi heres, ſive pro parte, ſive in aſſem inſtitutus, competenti Judici teſtamentum oſtendat non cancellatum, non abolitum, neque ex ulla parte vitiatum, ſtatim mittatur in poſſeſſionem bonorum defuncti. Et hoc; ſive hereditas jaceat, ſive ab alio detineatur ſine juſto titulo: præterea, ſive heres intra annum, ſive poſt annum im-

miſſionem

miſſionem petat, dummodo hereditas ab alio præſcripta non ſit: tandem, etiamſi contradictor adſit; nam de Jure contradictoris non, niſi poſt captam ab herede poſſeſſionem, diſceptandum eſt, ut in *d.l.ult.* patet.

Sed plura hic notanda ſunt. I. Heredem triplici Jure muniri, Petitione hereditatis de Jure civili, Interdicto quorum bonorum de Jure Prætorio, & tandem Miſſione in poſſeſſionem ex *d.l.ult.* Quod poſtremum beneficium utilius eſt ceteris duobus, quia non impeditur exceptionibus, ut illa alia impediri poſſunt: ſatis enim eſt teſtamentum oſtendere non vitiatum. Præterea in petitione hereditatis opus eſt ſe probare heredem, ſaltem ſummatim: in interdicto utili probare ſe eſſe bonorum poſſeſſorem, in directo ſe eſſe heredem, ut poſt Alanum docet Accurſius *ibid. v.legitimo*, ſequuntur Bartolus & alii communiter. Illud verum non eſt, quod Alanus dicebat, beneficium dictum *l.ult.* concedi etiam contra eum, qui titulo poſſidet, id enim expreſſe repugnat verbis illis Juſtiniani: *Mittatur quidem in poſſeſſionem earum rerum, quæ teſtatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur*.

II. Cum dicitur teſtamentum non debere eſſe vitiatum, intelligitur de vitio viſibili de facto, ſeu in figura teſtamenti, ut ſi deſint ſeptem teſtes, ſi ſit abolitum, vel cancellatum. Quod ſi vitium ſit viſibile de Jure, ſeu (quod idem eſt) inviſibile, quod habet rationem viſibilis, denegatur quoque heredi immiſſio; quia contra eum obſtat exceptio, *Dolo petis, quod ſtatim reſtiturus es, l.1. C.de doli except.* Ita eſt, ſi teſtamentum conditum ſit a pupillo, ex quo teſtamento extraneus inſtitutus heres petat immiſſionem; quæ ex prædicta exceptione poteſt ei a legitimo ſucceſſore impediri, qui in continenti & aperte de defectu Juris heredis inſtituti doceat, Andreas in *cap.1. num.1. ſi de feudo defuncti contentio ſit*. Secus eſt, ubi quæſtio Juris dubii eſſet, & de quo in continenti apparere non poteſt; quod reſervatum erit ad judicium ordinarium, ex Bartolo in *l.cum prolatis, ff.de re judic.* poſt alios Argel.*de acquir poſſ. quæſt.2. art.4. num.154. cum ſeqq.*

III. Beneficium iſtud Juſtiniani locum habere etiam in Feudis, ſive hereditariis, ſive miſtis, dummodo inſtitutus in Feudis ſit immediatus Succeſſor, vel ſaltem remotior Agnatus cum Regis aſſenſu; nam ſi aſſenſus deſit, tunc quamvis vitium ſit inviſibile, nec in figura teſtamenti appareat, tamen quia habet rationem vitii viſibilis, impedit immiſſionem heredi ſcripto, ob exceptionem, *Dolo petis, &c.* qua vitatur circuitus inutilis, Idem Argel. *qu.3. art.2.*

De reliquis Commodis Poſſeſſionis.

I. EST Vſucapio, & Præſcriptio; nam qui rem corporalem a non Domino juſto titulo, & bona fide accepit, licet accipiendo Dominus

non

non fiat, quia nec tradens dominus eſt; tamen ſi tempore legitimo rem poſſideat, de Jure civili ſit rei dominus, *l.ſine poſſeſſione, ff.de uſucap.* Si vero res incorporalis ſit, & poſſideatur non vi, non clam, non precario, quaſi poſſidendo tempore legitimo præſcribitur, *l.ſi quis diuturno, ff.ſi ſervit. vindic.*

Hoc autem uſucapionis, & præſcriptionis commodo, nullum majus aut eſt, aut excogitari poteſt. Hinc quiſque de rebus, quas poſſidet, incipit eſſe tutus, & res, quas putabat ſuas, jam certo ſuas eſſe dicere poteſt. Ciceroni *pro Cæcina cap.*74. Uſucapio vocatur *Finis ſollicitudinis, ac periculi litium*. Et præſcriptionem 30. annorum, qua actiones, quæ perpetuæ erant, tolluntur, *humano generi patronam* dicit Caſſiodorus 5. *variar.*37. quia per eam Theodoſius Magnus humano generi quietem paravit, ne quis poſt tot annorum ſpatium litibus implicaretur.

II. Eſt Fruitio; quippe bonæ fidei poſſeſſor fructus omnes, quos e re aliena percipit, ſuos facit, ſive ſponte natura proveniant, ſive induſtria poſſeſſoris; quia bonæ fidei poſſeſſor, quod ad fructus attinet, loco pene Domini eſt, *l.bonæ fidei, ff.de acqu.rer.dom.* late Doctores in *l.certum, C.de rei vindic.*

III. Eſt Relevatio ab onere probandi, quod onus transfertur in contrarium, *l.Actus, ff.eod. l.inter, ff.de judic.l.*3. *C.de interd.* Ratio eſt, quia lex præſumit pro poſſeſſore. Sicut ergo præſumtio Juris transfert onus probandi in adverſarium, ita & poſſeſſio, *cap.ult. de præſumt.* late Fermoſinus in *cap.*1.*cit.tit.qu.*3. Excipe I. in judicio finium regundorum, in quo ſi conventus, ut partem fundi reſtituat, dicat ſe præſcripſiſſe, de præſcriptione docere debet, quia in eo judicio ſinguli litigatores vicem ſubſtinent duarum perſonarum, actoris & rei, ut deciditur in *cap.ex literis, de probat.* Excipe II. ubi lex pro actore præſumit. Quare ſi Filius heres inſtitutus a Patre vindicet prædium paternum a Fratre exheredato, is reſtituere debet, quamvis poſſeſſor ſit, niſi doceat ſibi a Patre donatum; quia præſumtio eſt pro herede, *l.ſive poſſidetis*, ubi Gloſ. *v.facti*, *C.de probat.*

IV. Eſt Potior Conditio; nam in pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet, *l.in pari, ff.de reg.jur, §.retinendæ, Inſtit.de interd.* Idque verum eſt tam ſi agatur de lucro captando, quam de damno vitando. De lucro; nam ſi duo, quibus eſt res eadem obligata in ſolidum, contendant inter ſe actione, vel interdicto ſalviano, poſſeſſor vincet, quamvis Jus idem utrique competat, *l.*1. *ff.de ſalviano interd.* Ut ſi colonus ancillam in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in ſolidum obligata ſit, is qui eam poſſidet, præfertur. De damno; quia communis dolus, culpa, vel mora, actori nocet, non reo: veluti moram feci in ſolvendo Sticho, quem promiſeram; deinde eum tibi offero, ſed tu nolis recipere. Si ſervus interit, communis mora creditori nocet, & debitor interitu ſpeciei videtur liberatus, *l.ſi ſervum, §.ſequitur, ff.de verb.oblig.* Et ita in ſimilibus eſt diſcurrendum; nam ſi amborum litigantium teſtes ſint æquales,

les, teſtes poſſeſſoris præferuntur, *d. cap.ex literis*.

V. Eſt tituli, vel Partis occultatio. Nam actione rei vindicationis conventus, interrogatus, *Cur poſſides?* titulum edere non tenetur, & poteſt interrogationem vertere in reſponſionem, ut Theophilus eleganter ait, nempe, *Poſſideo quia poſſideo, l.cogi, C.de petit.hered.* Ubi tamen excipitur, quando titulus variat actionem. Quocirca heres poſſeſſorem rerum hereditatis poteſt interrogare, *Cur poſſides?* nam ſi reus dicat, pro herede, locum habebit petitio hereditatis, ſi vero pro poſſeſſore, inſtituetur rei vindicatio: & ita eſt ille textus intelligendus. Ita quoque rei vindicatione conventus non cogitur dicere, pro qua parte res ejus ſit, *l.in ſpeciali, ff. de rei vindic.* Exempli gratia, poſſides fundum Sempronianum, & petitor dicat, eum pro parte ſuum eſſe, pro parte tuum; ipſe cogitur docere, pro qua parte ipſius ſit: nam in dubio totus fundus poſſeſſoris præſumitur.

VI. Eſt Remedium Juſtiniani in *l.ult. C.unde vi*, quo ſuccurritur ei, cujus abſentis vacua poſſeſſio ab alio occupata eſt: Vacua, inquam, hoc eſt, quam Dominus nec corpore nec animo detinebat, ut ibi Gloſ. Bartolus, & alii docent. Nam olim contra occupatorem non dabatur ullum judicium poſſeſſorium, ut qui bonæ fidei poſſeſſor habebatur, cum neſciſſet cujus res eſſet, & poſſeſſionem vacuam nactus eſſet. Dabatur tamen actio in rem; nam amiſſa poſſeſſione, non amittitur dominium, *l.Pomponius, in princ.l.ſi quis vi, §.differentia, ff.eod.* At Juſtinianus contra eum, tanquam contra prædonem, omnia beneficia poſſeſſoria conceſſit, niſi triginta annorum ſpatium tranſactum ſit; nam quod tuum non eſt, alienum puta, *l.ult. §.nemo, C.comm.de leg.* Unde Demoſthenes ad furem excuſantem ſe, & dicentem, *Neſciebam rem tuam eſſe*, *ὄυτε ὄιδα ὅτι σὸν ἐϛὶ* reſpondit; Atqui ſciebas tuam non eſſe, *ἐκ δὲ σοῦ ὅτε ἔϛιν ᾔδες*. Ita Cujacius in *l.3. §.Neratius, ff.eod.*

Hoc remedium locum habet etiam contra eum, qui ab occupatore cauſam habet, Aquilinus *loc.cit.num.63.* argumento ex *cap.ſæpe, de reſtit. ſpoliatorum.* Sed contradicit Ripa, argumento ex *l.cum a te, ff.de vi & vi armata*. Hoc verius de Jure civili, illud de Jure canonico, ut mox dicemus.

VII. Eſt Remedium Arcadii, & Honorii in *l. ſi coloni, C. de agric. & cenſit. lib.XI.* Species eſt: Colonus glebæ addictus, ſub prætextu, quod liber origine eſſet, e fundo ejus, qui bonæ fidei poſſeſſor erat, ad alium aufugit. Pro recuperanda coloni poſſeſſione nullum interdictum proditum eſt contra eum, ad quem colonus confugit; quare opus fuit novo remedio. Aget itaque antiquus poſſeſſor condictione ex *d.l.ſi coloni*, inſtituendo judicium poſſeſſorium ſummarium, ut colonus celeriter ſibi reſtituatur. Quo judicio expedito, poteſt deinde agi de origine & proprietate. Vide Menochium *de adipiſc. rem.15. qu.20.*

VIII. Eſt Remedium Nicolai in *can. redintegranda 3.qu.1.* vel potius Innocentii III. in *cap.ſæpe, de reſtitut.ſpoliator.* quod amplius eſt, quam

interdictum Unde vi. Iſtud enim, quia non eſt ſcriptum in rem, ſed in perſonam, non impertitur, niſi contra eum, qui dejecit, vel heredem ipſius, *l.cum a te, ff.de vi, & vi armato.* At ex *d.cap.ſæpe*, actio de ſpolio contra ſingularem quoque ſucceſſorem datur, qui ſcienter rem a ſpoliatore recepit. Quæritur tamen, utrum idem ſit, ſi iſte, qui cauſam a ſpoliante habet, ſpolium ignoret. Affirmant ibi Butrius, Panormitanus, & Rubeus. Sed verius eſt, locum non habere; tum quia textus ille ſub conditione loquitur, ibi: *Si quis de cetero ſcienter talem rem receperit*: conditio autem legis neceſſario exiſtere debet, *l.Prætor, ff. de collat.bonor.* Tum etiam quia qui ſcit, quaſi in vitium dantis ſuccedit, ut textus notat, quod non eſt de eo, qui ignorat. Ita Ripa *ibidem*, Coraſius in *d.l.naturaliter*, *§.nihil commune par.2.num.*129. ubi etiam Aquilinus in *præfatione num.*38. Menochius *de recup. rem.*16. *qu.*3.

At de Jure Regni in Conſtitutione Federici Imperatoris, quæ incipit, *Circa violentiarum pœnas*, detentor, qui a dejectore cauſam habet, per quaſcunque manus res ambulaverit, ſive ſciens, ſive ignorans fuerit, poſſeſſionem dejecto reſtituere debet condictione ex ea lege, ut Iſernia, & Afflictus *ibidem* docent.

Supereſſent Remedia ex noſtri Regni Capitulis, *Ad regale faſtigium*, *Finis præcepti charitas*, & *Omnis prædicatio*, de quibus alibi dictum eſt.

De cumulatione Judicii Poſſeſſorii cum Petitorio, Ad *l.naturaliter* 12. *§.nihil commune, ff. eod.*

OLim ex legibus XII. tabularum poſſeſſionis cauſa omnino incognita fuit, nec pro ea adipiſcenda, reciperanda, aut retinenda, ullum Juris auxilium extabat; ſed opus erat ad Juris civilis actiones recurſum habere. Exempli gratia, Domino qui de fundo per vim dejectus erat, non impertiebatur ullum poſſeſſorium remedium, ſed vel condicebat fundum condictione triticaria, petendo eum arbitrio Judicis æſtimari, habita ratione loci & temporis, de qua vide Fab. *dec.*83. *err.*1. & 2. Vel rei vindicationem inſtituebat, ut in titulis digeſtorum *de condict.tritic.* & *de rei vindicat.* quarum illa eſt perſonalis actio, hæc realis. Sed ſæpe actiones ex contractu, vel delicto, deficiebant; & agere rei vindicatione non ſatis expedire videbatur; tum quia is, a quo res vindicatur, uſque ad finem litis poſſidere pergit, *l.inter litigantes, ff.de judic.* tum etiam quia reivindicantis dominium difficillimæ probationis eſt, *l.cum res, C.de probat. l.is qui deſtinavit, ff.de rei vindic.* Proinde actores, antequam cauſam in judicium deducerent, omni vi, dolo, fraude, poſſeſſionem rei nanciſci ſtudebant, ut ita ſe ab onere probandi eximerent, quod Bolognet. in noſtro §.obſervat, & vi-

Digitized by Google

& videtur colligi ex §. *retinendæ*, *Inſtit. de interd.* Cui malo ut obviam irent Prætores, quibus lites dirimere cura eſt, *l. quidam, ff. ſi cert. petat. l. 1. §. inde quæritur, ff. de operis novi nunciat.* & ad quos pertinet, ne litigantes, quos poſſunt ſua Juriſdictione componere ad arma & rixas proſiliant, *l. æquiſſimum, ff. de uſufr.* cœperunt ſuam auctoritatem interponere, propoſitis interdictis, quibus ſtatuerunt, apud quem poſſeſſio rei eſſe oporteat uſque dum in pleniori judicio de rei proprietate ſtatueretur, § *ſumma, Inſtit. de Interd.* Vide Gonzalez in *cap. cum dilectus, num. 5. & ſi qu. de cauſa poſſ. ſ.*

Sunt quidem Interdicta plerumque de poſſeſſione aut quaſi: pauca quædam de proprietate & jure. Hujuſmodi eſt Interdictum de itinere, actuque reficiendo; non enim ſatis eſt docere, ſe hoc anno uſum, ſed præterea exigitur, ut demonſtret, ſervitutem ſibi competere, vel ſuam eſſe, *l. 3. § hoc autem, ff. de itin. act. priv.* Ita pariter Interdictum de aqua ex caſtello (id eſt ex eo receptaculo, quod aquam publicam ſuſcipit, *l. 1. §. hoc interdictum neceſſario, ff. de aqua quotid.*) vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducenda, non conceditur, niſi ei, qui Jus ſibi a Principe aſſignatum habeat, & quæſtio proprietatis eſt, *l. 1. §. ult. ff. de aqua quotid. & æſt.* Demum proprietatis cauſam continent Interdicta de mortuo inferendo in ſepulchrum, de liberis exhibendis, & alia, de quibus in *l. 2. §. quædam, ff. de Interd.* Cujacius 5. *obſerv.* 19.

Inter utraque Interdicta illud diſcrimen eſt, quod quæ cauſam proprietatis continent, totam litem finiunt, nec ullam alteri præſtruunt viam, *d. l. 1. §. ult. ff. de aqua quotid.* Illa vero, quæ ſunt de poſſeſſione vel quaſi poſſeſſione, præparatoria ſunt, *d. §. ult.* & ubi deſierunt, incipit ſecunda actio, quæ eſt de proprietate, *l. ult. C. quor. bonor.* quæ & principalis actio dicitur, *l. nulli, C. de judic. l. ſi quis, C. ad leg. Juliam de vi publica.* Propterea poſſeſſio, quæ per Interdicta obtinetur, non perpetua eſt, ſed temporaria, donec ſcilicet de proprietate decernatur, ut dicitur in *d. §. ult.*

Hinc Doctorum error ortus eſt, dum momentaneam ſeu momentariam poſſeſſionem idem opinantur eſſe, ac poſſeſſionem temporariam. Ejus mentio fit in *l. momentaneæ, C. qui legitim. perſon. l. momentariæ, C. unde vi*, & in *tit. Cod. ſi de moment. poſſeſſ. fuer. appell.* qui titulus in *Codice Theodoſiano* ita concipitur, *Si de momento fuer. appell.* Verius enim eſt, Interdictum de momento, momenti actionem (de Momento Cujacius 1. *obſerv.* 20. & 2. *obſerv.* 35.) & momentariam poſſeſſionem, aliud non eſſe, atque Interdictum *Unde vi*, ex quo quis poſſeſſioni, qua dejectus eſt, reſtituitur intra anni ſpatium, integra omni proprietatis cauſa, ut ex *Codice Theodoſiano* demonſtrat Jacobus Gothofredus *ibidem* in *paratit. ad tit. Unde vi.* Et dicitur Momentum, quod ſpoliatus ſive dejectus ſtatim & ante omnia reſtituendus eſt, quod patet ex Iſidoro 5. *orig.* 25. ubi de momento, ut Juris noſtri verbum eſt, ita loquitur: *Momentum dictum a temporis brevitate, ut tam cito, quam ſtatim ſalvo negotio reformetur, nec*

Digitized by Google

in ullam moram produci debeat, quod repetitur. Ob eandem rationem Symmachus 10. *epiſt* 41. Interdictum unde vi *Momenti reformationem* vocat id eſt, poſſeſſionem ſtatim dejecto reſtituit. Ejus verba ſunt : *In cauſis etenim, quibus momenti reformatio poſtulatur , appellationes recipi non oportet,* Cujacius 1.*obſervat.*20. & 2.*obſervat.*35.

At non levis momenti quæſtio eſt , utrum qui proprietatis cauſam proponit, ſimul interdictis poſſeſſoriis uti poſſit, ſeu, ut dicunt, integrum cuique ſit poſſeſſorium judicium cum petitorio cumulare : cujus quæſtionis enodatio ad forenſem praxim confert plurimum . Extat de hac re ſingularis Ulpiani textus in *cit. §.nihil commune* , quem nunc in manibus habemus , quique ſpiritus omnium Doctorum turbavit & torſit , ut *ibidem* Aquilinus inquit *num.*178. Verba ſunt.

Ulpianus *lib.*70. ad *Edictum* : *Nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione. Et ideo non denegatur ei interdictum Uti poſſidetis, qui cœpit rem vindicare: non enim videtur poſſeſſioni renunciaſſe, qui rem vindicavit.*

Dividitur textus in partes tres . In prima ponitur regula, & hæc ſtatim initio . In altera illatio ex regula , ibi : *Et ideo.* In tertia tacitæ objectioni , quæ contra illationem fieri poſſet , occurritur ; & hæc ibi: *Non enim.* Hæc omnia ſigillatim explanare operæ pretium erit.

De prima parte.

Ulpianus ergo ſtatim initio regulam proponit, quæ ait, proprietatem ſive dominium nihil commune habere cum poſſeſſione . Ratio eſt , quia factum , & jus , quam longiſſime inter ſe diſtant ; & dominium jus eſt , poſſeſſio factum . Quare verum non eſt , quod Seneca 10. *epiſt.* ait , diſcrimen inter proprietatem & poſſeſſionem factum eſſe à ſtulta mortalium avaritia: imo inductum eſt a diverſa utriuſque rei natura , quam diverſitatem ſumma Juriſconſultorum prudentia animadvertit , & ſequuta eſt. Hæc regula exemplis aliquot e multis explicatur.

I. Dominium ex una tantum cauſa contingere alicui poteſt ; nam quod meum eſt , amplius meum fieri non poteſt . Quare cum quæreretur, an lana ovium furtivarum, ab emtore bonæ fidei detonſa, poſſet ab eodem uſucapi, negatum eſt; quia ſtatim ac detonſa eſt, emtoris fit: habetur enim lana ut fructus, & fructus bonæ fidei poſſeſſor percipiendo facit ſuos, *l.*4. *§.la-*

Digitized by Google

§.lana,ff.de.uſucap. Eodem modo qui ſervum alienum redimit ab hoſtibus, exiſtimans vendentis eſſe, ſtatim Dominus eſt, nec uſucapere poteſt, quare licitum priori Domino erit, oblato pretio, ſervum recipere: quod ei non liceret, ſi ſervus legitimo tempore uſucaptus cenſeretur, *l.in bello,§.ſi quis ſervum, ff. de captivis*. Unde ſi in judicio petitorio revindico rem, non expreſſa in libello cauſa, quam tamen deinde in actis deduco; exempli gratia, mea eſt, quia mihi a Domino donata, & tradita; at ſuccumbo, non poſſum novum judicium inſtituendo aliam dominii cauſam producere, obſtabit enim mihi exceptio rei judicatæ, & videor omnes cauſas una petitione apprehendiſſe, *l.& an eadem* 14. *§.actiones,ff.de except.rei judic.* Non ita eſt, ſi ago in perſonam, quia ſæpius eadem res mihi deberi poteſt, licet non amplius, quam ſemel, mea eſſe poſſit, *d.§.actiones*.

Quod modo diximus de obligatione, id ipſum eſt de poſſeſſione; quippe poſſeſſio ex pluribus cauſis contingere poteſt, *l.3. §.ex plurimis, ff.eod.* Ut ſi rem alienam bona fide a non Domino emero, & accepero, & deinde uſucepero; jam ex duplici cauſa ſeu titulo rem poſſideo, titulo pro emtore, & pro ſuo: at dominium ejus tantum habeo, quia uſucepi, *l.1. ff. pro ſuo.* Ita quoque qui heres extitit ei, qui rem certam pro emtore poſſidebat, poſſidet & ipſe eam rem pro emtore, ſed & pro herede; proprietatem vero rei habet ex cauſa hereditaria tantum, *d.§.ex plurimis.*

Nec in contrarium urget textus in *l.4.C.de contr.emt.* dum ait, duplicari aut multiplicari non poſſe titulum poſſeſſionis; nam ibi poſſeſſionis nomen proprietatem denotat, ut in *l.quæſtio,ff.de verb.ſign.*in *l.ſciendum, §.creditor, ff.qui ſatiſd.cog.* in *l.ſi de vi, ff.de judic.* & diximus ſupra.

II. Dominium adhuc ejus manet, qui Dominus eſſe non vult, *l.ſi quis vi, §.differentia, ff.eod.* Ita res non deſinit eſſe mea, quam dixi me nolle eſſe meam, nec quam pepigi ne eſſet mea, ſed tua. Ergo facto opus eſt ejus, qui Dominus eſſe nolit, veluti ut rem projiciat, & pro derelicto habeat, *l.1. cum ſeq.ff.pro derelicto*; vel ut tradat alteri ex juſta cauſa acquirendi dominii. Imo ſi factum pro non facto habeatur, non eſt ſatis ad amittendum dominium, uti eſt in eo, qui donat alteri contracta fide reſtituendi, *l.nuda, ff.de contr.emt.*

Ex quibus explicatur textus in *l.ſicut, §.ſupervacuum, ff.quib.mod. pign.vel hypoth.* Etſi enim pignus, diſtractum a debitore permiſſu creditoris, non reincidat in cauſam pignoris, ſi deinde in ejuſdem debitoris dominium veniat, quamvis is creditori omnia ſua bona etiam futura hypothecæ ſubjiciat, quia Jus extinctum nunquam reviviſcit, *l.ult.C.de remiſſ. pign.* Secus tamen eſt, ſi ipſe debitor poſſideat, ut ex Pandectis Florentinis legendum eſt in *d.§.ſupervacuum*. Repoſſideat, id eſt, iterum poſſideat, ideo quia contracta fiducia alienavit, ut explicat Cujacius in *d.l.ſi quis vi, §.differentia*; videtur enim debitor ita alienando non amiſiſſe dominium pignoris.

E contrario poſſeſſio recedit, ſtatim ac quis conſtituit nolle poſſidere.

Digitized by Google

re. Quare Ulpianus in *d.§.differentia*, infert, eum qui ea mente poſſeſſionem alteri tradit, ut mox ei reſtituatur, ſtatim deſinere poſſidere, quia tantiſper voluit non poſſidere. Ratio diſcriminis ex Cujacio eſt, quia dominium certis tantum modis amittitur, ut certi ſunt modi ſolvendæ obligationis, *l.obligationum, ff.de oblig. & action. l.7. C.de ſentent. & interloc.* Quare ſicut obligatio non ſolvitur nuda voluntate, ita nec dominium amittitur, *l.traditionibus, C.de pact.* At poſſeſſioni nulli ſunt certi modi legibus conſtituti, ſed poſitus omnis ejus ſtatus eſt in arbitrio mero & voluntate poſſeſſoris.

III. Poteſt quis eſſe Dominus incertæ partis, hoc eſt, ejus quæ ignoratur quota ſit, verbi gratia, tertia, an quarta, an dimidia; ut propterea pars incerta vindicari poſſit, veluti, *Partem aliquam fundi illius meam eſſe ajo, l.quæ de tota, §.ult. ff.de rei vindic. l.8. ff.comm.divid.* Non ita eſt de poſſeſſione, quippe pars incerta poſſideri non poteſt: ut ſi ita tradam tibi: Quidquid Juris in fundo habeo, qui cum Titio mihi communis eſt, id omne cedo & trado tibi. Quo caſu nihil ego tradere, tu nihil accipere videris, *l.poſſideri, §.incertam, l.locus certus, ff.eod. l.ſi fur, §.ult. ff.de uſucap.* Ratio differentiæ eſt, quia poſſeſſio corpore acquiritur, non ſolo animo: at id, quod ignoro, quod non video, corpore meo apprehendere non poſſum. At dominium quandoque Jure quæritur, ut in legatis, in hereditate, nec his caſibus corpus exigitur.

Nonnullas alias difficultates poſuimus ſupra. Nam dominium per ſervum Domino ignoranti & invito acquiritur, *l.invitis, ff.de acqu. rer. dom.* At poſſeſſio ſcienti tantum quæritur, una excepta cauſa peculiari, *l.peregre, §.quæſitum, ff.eod.* Præterea ſervus non niſi volens poſſeſſionem Domino acquirit, *l.1.§.hæc quæ de ſervis, ff.eod.* At vero dominium etiam invitus Domino acquirit, *l.qui mihi, ff. de donat.* Tandem dominium alteri per alterum ſine facto ejus auferri non poteſt, *l.quod noſtrum, ff.de reg. jur.* At poſſeſſio etiam invito aufertur, *l.clam, §.qui ad nundinas, ff.eod.*

Ceterum quamvis tot ſint diſcrimina inter poſſeſsionem, & proprietatem, tamen regula hic ab Ulpiano tradita, dum ait, *Nihil commune habet proprietas cum poſſeſſione*, non omni ex parte videtur vera, & rata; quia, ut Veteres apud Accurſium objiciunt, tria ſunt communia. I. Ratione generis, quia tam poſſeſsio, quam proprietas, eſt in genere rerum incorporalium. II. Ratione connexi, ſeu cauſæ, quia dominium ex poſſeſſione cœpit, *l.1. in princ. ff.eod.* III. Ratione medii, quia tum poſſeſsio, tum dominium, per procuratorem acquiri poteſt, *l.per procuratorem, C. eod.* Poſſet addi & aliud, quia ut duo in ſolidum poſſeſſores ejuſdem rei eſſe non poſſunt, ita nec Domini, *l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.commod.* Ita poſſeſsio & proprietas ſub conditione tradi poſſunt, & fiunt accipientis, ſi conditio extiterit, *l.qui abſenti, §.1. ff.eod.*

Cur ergo Ulpianus *Nihil* dicit? Quare regula hæc videtur ſubire com-

mune

Digitized by Google

mune fatum ceterarum regularum Juris, quæ facillime & ſæpiſsime ob circumſtantiarum diverſitatem efficiuntur irritæ; quippe regula ſimul cum in aliquo vitiata eſt, perdit officium ſuum, *l. regula*, *ff. de reg. jur.* Et verum videtur, quod eleganter Jabolenus ait, omnem definitionem, id eſt, regulam in Jure civili periculoſam eſſe: parum enim eſſe, ut non ſubverti poſſit, *l. omnis definitio*, *ff. cit. tit.*

Hoc autem plurimum intereſt in propoſito noſtro. Quippe Ulpianus ex regula ſuprapoſita infert, non denegari interdictum retinendæ poſſeſſionis ei, qui vindicare cœpit. Quæ illatio corruit, ſemel atque aliqua inter poſſeſſionem & proprietatem communia eſſe concedimus. Quocirca ſtulte faciunt, qui poſt Accurſium hic *Nihil* pro *Non omne* interpretantur; nam & verborum vim, & vim argumenti, funditus deſtruunt.

Evaneſcet tamen difficultas, ſi advertamus quid latine valeat, duo habere, aut non habere aliquid commune; nam & homo homini dicere & poteſt, & ſolet, *Nihil eſt mihi tecum commune*, nec propterea ex hoc vult, ſe non habere animum, corpus, & alia multa, quæ ille alter habet. Ita patet ex proverbio: *Quid delphino, & bovi commune eſt?* Item ex alio: *Quid Syllæ cum Philoſophis commune eſt?* Quæ habet Suidas *v.* τί γὰρ δὴ δελφῖνι: aliter non poſſet dici nihil eſſe commune, niſi inter ens, & nihil. Sed reſtringitur dictum illud ad ea tantum, quæ haberi in commune poſſunt, in quantum ad dominium, poſſeſſionem, uſum. Ita eſt de poſſeſſione, & proprietate, quæ nihil habent commune in quantum ad hoc, quod quis Dominus eſt ſine poſſeſſione, & quis poſſeſſor ſine dominio, *l. 1. §. hujus autem*, *ff. uti poſſidetis*. Et id eſt, quod dicitur, poſſeſſionem & proprietatem permiſceri non debere, *l. pen. §. permiſceri*, *ff. eod.*

Hæc interpretatio comprobatur ex fine, cujus gratia Ulpianus hanc regulam poſuit, nempe ut demoſtraret, actione rei vindicationis, quæ eſt de proprietate, non conſumi, aut tolli interdictum de retinenda poſſeſſione, ſeu poſſe hæc duo ſimul concurrere: ad quem plurium actionum concurſum ſatis eſt, ſi actiones ejuſdem rei nomine non ſint, *l. nemo ex his*, *§ quoties*, *ff. de reg. jur.*

Ait ergo Ulpianus, Poſſeſſionem & Proprietatem eſſe duas res diſtinctas, diſſimiles, & diverſas, non unam. Unde fit, ut qui de utraque agit, non agat ejuſdem rei nomine; quare ſi quis de una agens ſuccumbat, non obſtat ei exceptio rei judicatæ, ſi deinde agat de altera, *l. & an eadem*, *§. ult. ff. de except. rei judic.*

De

Digitized by Google

De ſecunda parte.

EX regula ſuprapoſita Ulpianus infert, cum qui cœpit jam vindicare, quo in judicio de proprietate quæſtio vertitur, poſſe agere interdicto Uti poſſidetis, quod eſt de retinenda poſſeſſione, quam apud ſe eſſe dicit: ratio enim hujus reſponſi eſt, quia proprietas nihil commune habet cum poſſeſſione. Et notanda ſunt verba illa Ulpiani, *Cœpit rem vindicare.* Ex quibus habetur, actorem non propoſuiſſe ab initio duas actiones, alteram vindicationis, alteram retinendæ poſſeſſionis; ſed ſolum egiſſe ab initio actione in rem, deinde vero, eo judicio in rem pendente, recurriſſe ad interdictum. Dixi, judicio in rem pendente, quia verbum *Cœpit* demonſtrat initium tantummodo, non perfectionem, ſeu judicium affectum, non confectum. Nec in contrarium facit, quod in fine dicatur, *Vindicavit*; quippe vindicaſſe dicitur, qui ad litis conteſtationem pervenit, ut patet ex *l. cum fundum, §. fin. ff. de vi & vi arm.*

Ceterum quæ ſit noſtræ legis ſpecies, maxima difficultas eſt, ut apud Accurſium ceteroſque videre eſt. Aquilinus hic *num. 171. & ſequ.* jactat, Interpretes omnes hallucinatos eſſe, dum putant, recte & Jure reivindicationem inſtitutam fuiſſe: quod falſum eſſe ait, quia idem actor rem poſſidebat; & proinde ei licitum fuit a reivindicatione decurrere ad interdictum: & hoc ſolum Ulpianum decidere, non etiam actorem Jure reivindicationis judicium propoſuiſſe. Unde concludit, fruſtra de concurſu poſſeſſorii & petitorii Bartolum & ceteros hic diſputaſſe. In eadem ſententia fuit Goveanus 1. *var.* 3. nam & ipſe aberraſſe actorem in actione edenda contendit.

Nihil tamen eſt neceſſe ad ullum actoris errorem recurrere, & non videtur diſcedendum a quinta Accurſii reſponſione, nempe fuiſſe actum diverſis judiciis diverſo reſpectu: id eſt, egi reivindicatione adverſus te naturaliter, ſeu corpore detinentem rem meam: expertus deinde ſum interdicto Uti poſſidetis, quia civiliter, ſeu animo dominii poſſideo. Sequuntur communiter Alexander, Jaſon, Ripa, & alii hic, Fermoſinus in *cap. cum dilectus, num. 7. de cauſ. poſſeſſ.*

Verum non ſatis explicant. Advertendum enim eſt diſcrimen inter poſſeſſionem, quæ exigitur in actore, cum interdicto Utrubi, vel Uti poſſidetis, agit, & poſſeſſionem, quæ ſatis eſt in reo, ubi reivindicatione convenitur. Et traditur ab Ulpiano in *l. officium, ff. de reivind.* quippe interdicta retinendæ poſſeſſionis non conceduntur, niſi ei qui vere poſſidet, uti Pegaſus docebat, cui Ulpianus conſentit, id eſt, vel ei qui civiliter poſſidet animo Domini, vel corporaliter animo ſibi poſſidendi; nam qui precario rogavit, habet interdictum Uti poſſidetis adverſus omnes, excepto eo, quem rogavit, licet non niſi corporaliter rem poſſideat, *l. qui precario, ff. de pre-*

precario. At reivindicatio tribuitur non ſolum contra verum poſſeſſorem, ſed contra quemcumque detentorem ; cum ſit ſatis , ſi habeat reſtituendi facultatem, ut contra eundem Pegaſum Ulpianus *ibidem* tuetur . Quare ut reivindicatio , & interdictum Uti poſſidetis , concurrant , exigitur ut actor vere poſſideat , & in poſſeſſione turbetur ; ita enim interdictum Uti poſſidetis recte proponet. E diverſo requiritur, ut idem ſit etiam Dominus, & adverſarius ſit naturalis poſſeſſor, qui alteri non ſibi poſſideat, ut colonus, depoſitarius, conductor , aut ſimilis ; ita enim recte contra eum reivindicationem inſtituet . Nam ſi reus civiliter poſſideret , poſſem contra eum uti reivindicatione, ſed non interdicto Uti poſſidetis . Quibus recte perpenſis, corruunt quæ objiciunt Alciatus, Coraſius, Bolognetus, & Aquilinus.

Cujacius tamen 3.*obſerv*.38. alio confugit ; ait enim, in noſtro textu ideo ei, qui vindicare cœpit, concedi interdictum retinendæ poſſeſſionis, quia non conſtabat actorem poſſidere , itaque egit reivindicatione , ac ſi non poſſideret. Deinde ſuo Jure melius cognito, tantiſper mutato illo judicio , mutata formula , Uti poſſidetis expertus eſt . Videtur hæc dixiſſe Cujacius ex cautione , quæ proponitur in *l.1. §.quia autem , ff.quod legator*. ubi quoties incertum eſt, quæ potius actio competat, ambas Juriſconſulti dictant, proteſtati ex altera velle conſequi, quod ad nos pertinet: ut ſi incertum ſit , utrum quis pro legato , an pro herede poſſideat , contra eum inſtituere poſſum ſimul petitionem hereditatis, & interdictum Quod legatorum; quamvis petitio hereditatis ſit de proprietate, interdictum vero illud de poſſeſſione. Concordat textus in *l.quæ de tota, §.incerta, ff.de reivind. l.1. §.ult. ff.de petit. hered. c.abbate ſane , de re judic. c.conſtitutus, de in integr.reſtit.*

Verum id facile locum habere non poteſt in textu noſtro, ſi audimus Azonem , qui de hoc dubio tunc rationem haberi docet, ubi provenit ex facto adverſarii , vel quo alio eventu ; ſecus vero ſi ex alia cauſa , Alexander, & Jaſon in *l.ubi autem, §.illud, ff.de verb.oblig.* & alii apud Aquilinum hic *num*.264. Quidquid tamen ſit, nihil eſt neceſſe in ponenda ſpecie noſtri textus ad hanc dubitationem recurrere, ut ſupra de explicatione Goveani & Aquilini diximus , a qua hæc Cujacii ſententia non longe diſtat.

Hæc autem mutatio legitime facienda eſt ; nam mutari actio poteſt ante rem judicatam . Quare ſi ſervus tuus damnum mihi dedit , & agam adverſus te in ſolidum , quaſi te ſciente damnum datum ſit , ex *l.2. ff.de noxal. act.* donec id judicium agitatur , non prohibeor mutare actionem, & quaſi te inſcio damnum acceperim, agere ut ſervum noxæ dedas . Et e contrario , ſi prius egero actione noxali, pendente judicio licet pœnitere, & agere in ſolidum, *l.in delictis, §.ult. ff.cit.tit.* Imo aliquando ex magna cauſa juſti erroris mutare actionem licet etiam finito judicio , ut ſi quis , ubi egit ex emto contra heredem, ut ſibi ſervus traderetur, deinde com-

Digitized by Google

periat eundem ſibi eſſe legatum, recte aget ex teſtamento, *l.hujuſmodi*, *§.qui ſervum, in fine, ff.de leg.*1. Et id licitum eſt, etiamſi poſterior actio ſit priori contraria; quippe actio in ſolidum contraria eſt actioni noxali: etenim in illa Dominus, contra quem agitur, eſt conſcius, in iſta eſt inſcius, & tamen variatio licita eſt, *d.l.*2. Vide Donellum in *l.edita*, *C.de edendo*, Gonzalez, & Fermoſinum in *cap.examinata, de judic.* & dicemus infra.

De tertia parte.

POteſt contra prædictam Ulpiani illationem objici, eum qui cœpit rem vindicare, præſumi renunciaſſe interdicto Uti poſſidetis; quocirca nequit a judicio in rem decurrere ad poſſeſſorium. Præſumtio deſumitur ex eo, quia qui vult conſequens, id eſt, ut judicium vindicationis ſubſiſtat, videtur velle & antecedens, ne actor poſſideat, ſed reus. Quare videtur actor animo renunciaſſe poſſeſſioni, quam habebat, ut quæ ſolo animo poteſt amitti: nam ſi non renunciavit, reivindicatio ſtatim ruit; præſertim quia actus in dubio capi potius debet ut conſiſtat, quam ut ruat, *l.quoties, ff.de verb.oblig. l.quoties, ff.de reb.dub.*

Eo tamen non obſtante, Ulpianus non cenſeri renunciatum ait. Sed qua ratione? Plurimi dicunt, quia non eo animo ad rem vindicandam actor accedit, ut poſſeſſionem, ſi quam haberet, amitteret; quia in dubio præſumi debet potius error Juris & Facti, etiam in proprio facto, quam renunciatio Juris ſui, quia renunciare, ut donare, eſt perdere, *l.ſed ſi me putem*, *in princ.* ubi Gloſſa, *ff.de condict. indeb.* juncta *l.*1. *ff.eod. l.cujus per errorem*, *ff. de reg. jur.* Imo potius præſumenda eſt ſtultitia, quam renunciatio, ut Baldus ait in *l.generaliter, oppoſ.*4. *num.*5. *C.de non num.pec.* Jaſ. in *l.ſi a ſubſtituto §.*1. *num.*18. *ff. de leg.*2. Igitur in noſtro propoſito præſumi potius debet, actorem per errorem Juris vel Facti, imo ſcientem volentem ex ſtultitia temere egiſſe proponendo reivindicationem, quam reo, quem odio habet, poſſeſſionem ceſſiſſe. Merito ei interdictum retinendæ poſſeſſionis non denegatur, ut diſcurrit Aquilinus *num.*129. & latius *num.*151. *cum aliquot ſeqq.*

Aliam rationem profert Cujacius hic, & 25.*obſ.*34. nempe poſſeſſionem ſuo Jure metiendam eſſe, non quali quali confeſſione noſtra. Propterea mihi talis qualis qualis confeſsio, vel ſubconfeſsio mea adeo nocere non debet, ut eam emendare non poſſim, aut temperare. Quod multis Juris noſtri exemplis manifeſtum fit. Nam ſi ingenuum me eſſe contendam, non intelligor tacite renunciaſſe libertinitati, quamvis hæc oppoſita ſint, *l.pen. C.de ingen.manum.* Ubi Accurſius notat, poſſe me dicere prædium in feudum habere, quod antea meum allode eſſe contendebam. Ita quoque ſi tecum egero familiæ erciſcundæ, quo genere conſiteri videor, te co-

coheredem meum eſſe, non videor renunciaſſe petitioni hereditatis, quâ tenetur qui coheres non eſt, *l.qui familiæ, ff.fam.ercisc.* Demum ſi actori objecero exceptionem, *Quod petis, ſolvi*, non ideo cenſeor confiteri me debuiſſe, *l.non utique, ff. de except.* quippe ex abundanti lex plerumque exceptionem concedit, ut Libanius in Demoſthene ait.

Sed fortaſſe vera ratio eſt, quia cum in judicio reivindicationis ajo te poſſidere, non ſtatim dico me non poſſidere civiliter, cui poſſeſſioni præjudicium ullum non infero, cum te poſſidere naturaliter affirmo: hæc enim naturalis poſſeſſio ea eſt, quæ in reo ſolum exigitur, ubi vindicationem propono. E contrario in interdicto Uti poſſidetis requiritur in proponente poſſeſſio civilis, uti jam explicatum eſt.

Nec contraria obſtant, quia cum antecedens neceſſario tendit in perniciem noſtram, & in utilitatem alterius, nunquam qui vult conſequens, videtur velle etiam antecedens, ut docet Aretinus in *l.1. col.2. in princ. C. de ſer. fugit.* Præterea præſumtio de validitate actus dubii debilior eſt ea, quæ docet neminem in dubio præſumi jactare ſuum; & una præſumtio aliam tollit & vincit, *l.Divus, ff.de reſtit. in int. l.non ſolum, ff.de ritu nuptiar. l.1. in fine, C.qui & adverſus quos.*

Urgebis cum Bartolo. Si in ſolo, quod ego poſſideo, tu inædifices, & ego te per Prætorem non prohibeam, nec per lapilli jactum, ſed verbis tibi novum opus nuncio, utique te poſſeſſorem facio, *l.1. §.in operis, l.de pupillo, §.meminiſſe, ff. de oper. novi nunciat.* Ergo multo magis qui rem vindicat, poſſeſſionem, ſi quam habet, a ſe abdicat, & reum poſſeſſorem facit.

Reſponſum tamen velim, ex operis novi nunciatione non ſtatim eum, cui nunciatum eſt, fieri poſſeſſorem; quia is ſtatim poſt nunciationem abſtinere ab opere debet, *d.l.1.§.ſed ſi is cui, l.non ſolum, §.ſciendum, l.Prætor ait, in princ. ff.cit.tit.* Et ſi ultra pergat, vi facere dicitur, *l.1. §.ſed ſi quis jactu, cum ſequ. ff.quod vi aut clam.* Tunc autem is, cui nunciatum eſt, poſſeſſor fit, cum ſatiſdat de opere demoliendo, ſi denuncians de ſuo Jure doceat; quippe poſt ſatiſdationem licite ædificare pergit, & proinde poſſeſſor eſt, ut palam eſt ex *l.ſi alius fecerit, §.ait Julianus, ff.quod vi aut clam*, ibi: *Licere enim debet ædificare ei, qui ſatiſdederit, cum poſſeſſor hoc ipſo conſtituatur.* Et ita Cumanus *d.§.in operis*, Aquilinus hic *num.159. & ſeq.*

Ex his patet, falſum eſſe, quod inter cetera hic opinatur Accurſius, & ſequitur Gonzalez in *cap. cum dilectus num.15. de cauſa poſſeſſ.* nempe ſpeciem noſtræ legis intelligendam eſſe de eo, qui cœpit agere vindicatione, dum non poſſidebat: deinde vero, cum poſſeſſionem nactus eſſet, mutata formula actionis, decurrit ad interdictum retinendæ poſſeſſionis. Falſum, inquam, eſt; quia ſi ita ſe res haberet, non fuiſſet quæſitum, an actor proponendo reivindicationem, poſſeſſioni renunciaſſe cenſeretur: nemo enim renunciare poteſt, niſi Juri quod habet, *l.ſicut, C.de repud.hered.*

Digitized by Google

Poſſidebat ergo actor quo tempore vindicatione cœpit agere; & proinde recte quæſitum eſt de tacita renunciatione poſſeſſionis.

Ceterum quamvis in noſtro *§.nihil commune* ex facti ſpecie habeatur, interdictum retinendæ poſſeſſionis fuiſſe propoſitum, cœpto vindicationis judicio, nihil tamen obſtat, quin ſimul poſſit proponi. *Et ſane*, ut verba ſunt Cujacii ibidem, *ſi cœpto ac pendente judicio in rem, licet agere interdicto Uti poſſidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere?* Nulla certe inter utrumque caſum diſparitatis ratio eſt. Et in hanc rem Doctores communiter conſenſiunt, interdictum cum actione in rem cumulari, vel ut actio in rem ſuſpendatur, vel ut ſimul de utroque agatur, & unica ſententia terminetur, Fermoſinus in *cap. paſtoralis quæſt.1.num.3. de cauſa poſſeſſ.*

Utrum Actor in judicio cumulare poſſeſſorium & petitorium poſſit.

QUÆSTIO I.

FOrtaſſe de Jure civili non eſt cognita, niſi mutatio actionis; & cumulatio eſt de Jure novo Canonico introducta a Cœleſtino III. in *cap.2. de cauſa poſſeſſ.* qui tamen id acceptum dicit a Jure civili.

Hæc quæſtio plurimum olim inter Boſſianos agitata fuit, qui in diverſas diſceſſerunt ſententias. Nam Joannes Boſsianus, quem ejus diſcipulus Azo ſequutus eſt, contendebat judicium nullum poſſeſſorium cum petitorio poſſe concurrere, aut cumulari; ſed prius de poſſeſſione, deinde de proprietate agendum eſſe. Sequuntur Bartolus hic *num.*14. Aquilinus *num.* Donellus in *l.3. C.de interd.* Vultejus 1.*de judiciis* 2.

Et probatur I. generaliter, quia Juris ordinarii regula eſt, orta proprietatis & poſſeſſionis lite, prius poſſeſſionis decidi oportere quæſtionem, deinde proprietatis ab eodem Judice, *l.ordinarii, C.de reivindic.* Concordat textus in *l.3. C.de interdict.* Quæ leges cum non diſtinguant, conſequens eſt, ut generatim intelligendæ ſint, interdictum nullum poſſeſſorium, ſive adipiſcendæ, ſive reciperandæ, ſive etiam retinendæ, concurrere aut cumulari cum petitorio poſſe, ex regula textus in *l.de pretio, ff.de Public.*

II. quia qui reivindicationem & interdictum habet, deliberare debet, qua actione uti velit, *l.is qui deſtinavit, ff.de reivind.*

III. Specialiter in interdicto adipiſcendæ poſſeſſionis, ex *l.ult. §.ult. C.quorum bonorum,* ubi mortua uxore ab inteſtato, quæſtio orta eſt inter agnatum mulieris, & maritum. Ille petebat ſucceſſionem in bona defunctæ per interdictum Quorum bonorum: hic ea bona ſua eſſe ajebat. Itaque unus agebat de poſſeſſione, alter de proprietate. Et reſponſum eſt, prius

in

Digitized by Google

in agnatum bona transferri, deinde cauſam proprietatis proponi debere.

IV. Quia electione petitorii extinguitur interdictum adipiſcendæ poſſeſsionis, ut in *l.ult. C.de codicill.* ubi qui ex teſtamento hereditatem ad ſe pertinentem petierat, non poteſt poſtea ex eadem ſcriptura quaſi codicillis petere ſe mitti in poſſeſsionem bonorum, ex remedio *l.ult. C. de edicto D.Hadriani.*

V. In interdictis reciperandæ poſſeſsionis, per textum in *l.ſi de vi, ff. de judic.* ubi de ſpolio agitur. Nam D.Hadrianus reſcripſit: *Si de vi, & proprietate poſſeſſionis quæratur, prius cognoſcendum de vi, quam de proprietate rei.* Quod reſcriptum non Hadriano, ſed D.Pio tribuitur in *l.qui cœtu, §.ſi de vi, ff.ad l.Jul.de vi publ.* Fortaſſe ex eo, quia Hadrianus tulit, D.Pius qui ei ſucceſsit, id ipſum confirmavit, argumento ex *l.fin. ff.de inoff.teſtam.*

VI. Probatur ratione, quia interdicta præparant cauſam proprietatis, *l.1. §.fin. ff.de aqua quotid.* id eſt, qui vincit in cauſa poſſeſsionis, relevatur ab onere probandi, ſe Dominum eſſe, quod onus rejicitur in humeros adverſarii, qui in cauſa poſſeſsionis victus eſt. Ergo prius debet interdicto agi, deinde reivindicatione. Et hæc eſt ratio ordinis, quam innuit textus in *l.3. C.de interd.* Alia de cauſa actio ad exhibendum eſt præparatoria ad reivindicationem, *l.1. ff.ad exhib.* & ad interdictum Uti poſsidetis, & Utrubi, *l.3. §.& ſi quis, §.ſi meum, ff.cit.cit.* Vide Cujacium *5. obſ.23.*

E diverſo Martinus Boſsianus concurrere poſſe ſimul petitorium & poſſeſſorium voluit, uno excepto poſſeſſorio retinendæ. Cui conſenſit Accurſius, qui a ſententia Azonis ſui Magiſtri non ſemel diſceſsit. Ita quoque Bartolus, Jaſon, Ripa, Bolognetus, & alii hic, Gonzalez in *cap. cum dilectus, de cauſa poſſeſſ. num.14.& ſeqq.* Et probant hanc exceptionem.

I. Quia hæc judicia contraria ſunt, & unum alterum excludit; quippe reivindicatio arguit poſſeſsionem eſſe apud reum, *l.officium, ff.de reivind.* Et interdictum Uti poſſidetis e contrario arguit, ipſum actorem poſſeſſionem apud ſe habere. Ergo hæc judicia ſimul ſtare non poſſunt, & uno electo alterum tollitur, ex *l.is qui deſtinavit, ff.cit.tit.* & *l.1. C. de furtis.* Propterea qui poſſidet, reivindicationem intentare non poteſt, *cap.examinata, de judic.*

II. Ex Innocentio III. in *cap.paſtoralis, de cauſa poſſeſſ.* ubi expreſſe S.Pontifex Martini ſententiam amplexus eſt; ubi primo cumulationem petitorii cum duobus interdictis admittit, illis verbis: *Poſſeſſorio quidem judicio, quod de recuperanda ſeu adipiſcenda poſſeſſione proponitur, agi poteſt ab eo, qui cœpit rem vindicare.* Deinde tranſit ad tertium genus interdictorum, quod eſt de retinenda poſſeſſione, & cumulationem fieri poſſe negat, dum ait: *Aliis poſſeſſoriis judiciis in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſua natura præcedunt.* Vult enim interdictis Uti

poſ-

Digitized by Google

poſſidetis, & Utrubi, prius agi oportere, quam ad reivindicationem deveniatur.

Tertia eſt ſententia Cyni, & Petri de Bellapertica, in *d.l.ordinarii*, qui indiſtinctè affirmant, omne poſſeſſorium cumulari poſſe cum petitorio. Sequuntur Coraſius, & Cujacius hic, & 7.*obſerv*.38. Hotoman.*quaeſt. illuſtr*.31. Fermoſinus in *cap. cum dilectus, num*.8. *de cauſa poſſeſſ*. & alii cum Fachin.8. *contr*.6. Quæ ſententia de Jure civili veriſſima eſt.

Et probatur I. generatim ex ratione noſtri textus, quia quæ nihil habent commune, poſſunt in judicio cumulari: ſed proprietas nihil habet commune cum poſſeſſione; unde conſequens eſt, ut cumulari poſſint. Quæ quidem regula in quibuſcunque interdictis vim ſuam habet. Sed ut id plenius & rectius percipi queat, meminiſſe oportet regulæ noſtri Juris, toties plures actiones cumulari non poſſe, ſed una electa ceteras tolli, quoties ſunt ejuſdem rei nomine, *l.nemo ex his*, *§.quoties*, *ff.de reg.jur.* Ut legatorum nomine non poteſt legatarius uti variis actionibus, *l.cum filius*, *§.pen. ff.de leg*.2. Ita quoque ſi is, cui veſtimenta mea commodavi, rupit aut ſcidit, mihi duabus actionibus tenetur, commodati, quæ rem ſolam perſequitur, & legis Aquiliæ, quæ & rem & pœnam perſequitur, quia mixta actio eſt. Itaque ſi egero ex lege Aquilia, actione commodati uti non poſſum, quia daretur ejuſdem rei nomine, id eſt, ad rem perſequendam, quam jam conſequutus ſum actione legis Aquiliæ, & præterea pœnam: nam bis idem petere quoddam necare eſt, *l.qui ſervum* 34. *§*.1.*ff. de oblig.& act.* ubi plene Cujacius.

E contrario ſi actiones non ſint ejuſdem rei nomine, recte omnibus experiri poſſum, nec una alteram conſumit; ut ſi una actione perſequar rem, id eſt, id quod intereſt, altera vero pœnam: vel una actione unam pœnam, altera alteram, *l.cum ex una*, *l.pen. ff.cit.tit.* Exemplum eſto in arboribus furtim ſuccifis, ex quo delicto ſi ago interdicto Quod vi aut clam ad id, quod intereſt, non prohibeor agere actione damni injuria dati ex lege Aquilia, ad quanti plurimi, ſeu ad id, quod plus eſt in poſteriori actione, *l.quoties*, *§*.1. *ff.cit.tit. l*.1. *ff.arbor.furtim caeſ.* Item contra eum, qui ancillam meam ſurripuit, & flagitavit, actione furti & ſervi corrupti agere licet, *l*.2. *ff.de priv.delict.* Si ſervum habeas, qua vulgo iter fit, & ſervo meo nocitum ſit, agere poſſum ex Ædilis edicto, ut duplum damni dati præſtes, & actione de pauperie, qua pretium conſequar, *§.ult. Inſtit.ſi quadr. pauper. fec.dic.* Ubi generatim ſtatuitur, nunquam actiones præſertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam conſumi. Quæ leges non ſunt contrariæ textui in *l.plura delicta*, *ff.de oblig.& action.* ubi, etſi plura delicta in una re plures admittant actiones, omnibus tamen uti non poſſum: quippe id intelligitur, ſi actiones illæ ad eandem rem vel pœnam tendant, ut latius ſupracitatus Cujacius explicat, quem etiam vide 8.*obſ*.24.

Ex his patet vis argumenti ſuprapoſiti: quoniam enim reivindicatio, & in-

& interdicta poſſeſſoria non ſunt ejuſdem rei nomine, cum longe aliud ſit dominium ſeu proprietas, quæ in reivindicatione eſt, quam poſſeſſio, quæ in interdictis verſatur; inde fit, ut ambabus actionibus ſimul experiri poſſit, nec unam altera conſumi.

Sed plura notanda ſunt. I. Etiamſi in *d. §. nihil commune*, ut nuper diximus, ex facti ſpecie habeatur, interdictum retinendæ poſſeſſionis fuiſſe propoſitum poſt cœptum reivindicationis judicium; nihil tamen obſtare ſimul etiam poſse proponi, *cap. cum Eccleſia, de cauſa poſſeſſ. Et ſane*, ut verba ſunt Cujacii ibidem, *ſi cœpto ac pendente judicio in rem, licet agere interdicto Uti poſſidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere?* Nulla certe inter utrumque caſum diſparitatis ratio aſſignari poteſt. Et in hac re Doctores communiter conſentiunt; docent enim interdictum cum actione in rem cumulari, vel ut actio in rem ſuſpendatur, vel ut ſimul de utraque agatur, & unica ſententia terminetur, Fermoſinus in *d. cap. paſtoralis, qu. 1. num. 3.*

Nec contrarium probat textus in *d. cap. paſtoralis*, ubi actor fuit interrogatus, quo malebat judicio experiri, poſſeſſorio ne an petitorio; ideo ſcilicet, quia ex libello non apparebat, quod judicium actor intenderet, & generalis libellus erat, ut monet Gonzalez in *d. cap. cum dilectus, num. 16.*

II. E contrario qui cœpit agere interdicto, poſſe eo ſuſpenſo, agere in rem. Imo ſi quis agens interdicto de poſſeſſione ſuccumbat, & deinde agat de reivindicatione, non repellitur exceptione rei judicatæ; quia poſſeſſio & proprietas diverſæ res ſunt, *l. & an eadem, §. ult. ff. de except. rei judic.*

III. Cum dicimus, judicio in rem conjungi poſſe interdictum retinendæ poſſeſſionis, id intelligendum eſſe ſubalterne in hunc modum: *Non tu poſſides rem, qua de agitur, ſed ego; & ut poſſideat, rem meam eſſe ajo*, ut idem Cujacius docet: Quod eſt remedia contraria cumulare ſubalternatim, ut ait Baldus in *d. l. 1. C. de furtis*.

Probatur I. Etiam generatim; quia duo judicia prohibentur, cum per ſecundum fit præjudicium primo; tribuitur enim reo exceptio, *Quod præjudicium non fiat, l. ſi poſt litem, l. fundum, cum 2. ſeqq. ff. de except.* Exemplum eſto: vindicare a te cœpi fundum Titianum, deinde viam ad eum fundum per aliud prædium tuum mihi deberi ajo. Excludor a ſecundo judicio per exceptionem, *Quod præjudicium prædio non fiat*; nam ſi decernatur, viam mihi deberi, præjudicium fit reo in primo judicio; conſequens enim eſt, ut fundus Titianus meus ſit. Non ita e contrario, ſi prius petam viam ad fundum Titianum, deinde dicam eundem fundum meum eſſe; non obſtat exceptio, *Quod præjudicium non fiat*, & recte cumulatio fit, ut in citatis juribus habetur. Ita proprie ſeſe res habet in ſpecie noſtra, quodcunque interdictum poſt reivindicationem proponatur; nunquam enim fit præjudicium quæſtioni de proprietate, cum di-

diverſæ res ſint,argumento ex *l.ſed ſi ante,ff.de except.* Unde qui ſuccumbit in interdicto, non repellitur exceptione rei judicatæ, ſi agat in rem, *l.& an eadem, §.ult. ff.de except. rei judic.*

Quod ſi dicas, interdicto Uti poſſidetis fieri præjudicium quæſtioni de proprietate, quia hoc interdictum contra omnes poteſt opponi uno excepto Domino, *l.qui precario, ff.de precario*. Reſpondetur, tunc contra Dominum opponi non poſſe, cum ab eo poſſidemus: regula enim eſt, ut hoc interdictum non competat contra eum, a quo poſſideo, *l.ſi duo, in princ. ff.Uti poſſidetis.* Et ita intelligendus eſt textus in *d. l.qui precario*, ubi qui precario fundum poſſidet, interdictum Uti poſſidetis non habet adverſus eum, quoniam precario rogavit, quia ſcilicet ab eo poſſidet. Quod non eſt in ſpecie noſtra.

Quæ diximus, locum habent in rebus etiam incorporalibus; ut ſi quis experiatur Jure ſervitutis realis, vel perſonalis, actione confeſſoria vel negatoria. Exempli gratia, ex taberna caſearia quis fumum in ædes ſuperiores immittit. Poteſt Dominus ædium actione negatoria vindicare libertatem ſuarum ædium, ſcilicet, nulli Jus eſſe immittere fumum in ſuas ædes, ut in ſpecie textus in *l.ſicuti*, *§.Ariſto*, *ff.ſi ſerv. vindic.* Poteſt etiam agere utili interdicto Uti poſſidetis, ratione quaſi poſſeſſionis; *l.ult. ff.Uti poſſidetis*. Et hæc duo judicia in rebus incorporalibus cumulari ſemper poſſunt, quocunque interdicto agatur. Ita poſt Antiquos Duarenus in *l.ſi prius*, *ff.de oper.novi nunciat.* Faber 20. *conject.*13. Menoch. *de retin. rem.*3. *num.*529. Gonzalez ad *d.cap.cum dilectus,num.*15. Ex omnibus unus renititur Joannes Marcus Aquilinus hic *n.*226. ex rationibus ſupra poſitis per Joannem & Azonem.

Reliquum itaque eſt, ut Adverſariorum argumentis faciamus ſatis. Et primo argumentis, quæ pro ſententia Joannis & Azonis afferuntur.

I. Ergo quod attinet ad textus in *l.*3. *C.de interd. & l.ordinarii*, *C. de reivind.* in quibus dicitur, prius cognoſci oportere cauſam poſſeſſionis, quam proprietatis, reſpondetur cum Fachineo, hæc vera eſſe in interdictis duplicibus, cujuſmodi in rebus ſoli, eſt Uti poſſidetis, in rebus mobilibus, Utrubi; cum ſcilicet uterque ex Litigatoribus ſe dominum dicit, unus ita, *Hæc res mea eſt*, alter ita, *Imo mea*; nec de poſſidente conſtat, quippe uterque eodem modo ſe poſſidere ait. Tunc neceſſe eſt, ut ante quæratur uter poſſideat, ut deinde contra eum alter agere reivindicatione poſſit, ut explicat Ulpianus in *l.*1.*§.inter, cum ſequ.ff.Uti poſſidetis*, ibi: *Quoties ergo inter Litigatores eſt proprietatis controverſia, &c. ſi inter ipſos contendatur, uter poſſideat, &c. ad hoc interdictum remittuntur*: idem Ulpianus in *l.exitus, ff.eod.* & latius Juſtinianus in *§.retinendæ, de interd.* Id ipſum intelligas in ceteris duplicibus interdictis, ut ſi rivales de Jure & de uſu aquæ ducendæ per eundem rivum contendant, prius de uſu decernendum eſt per interdictum, *l.*1. *§.ſi inter rivales, ff.de*

aqua

aqua quotid. Ita quoque interdictum de ſuperficiebus duplex eſt, ſi uterque ex contendentibus ſe ſuperficiem poſſidere dicat, & hoc videndum eſt, antequam de Jure experiatur, *l.1. §.proponitur, ff.de ſuperficiebus*. Alia exempla habes apud Accurſium in *d.§.retinendæ, verbo Ingens*.

Poſſunt etiam intelligi, quando Actor agit Jure poſſeſſionis, & Reus excipit ex cauſa proprietatis; quo caſu prius de poſſeſſione decerni debet. Et ita loquitur textus in *l.ſi coloni, C.de agric. & cenſ. lib.11.* Nam ſi colonus glebæ addictus aufugerit prætextu originis ſe liberum dicens, prius debet bonæ fidei poſſeſſori reſtitui, deinde de origine & proprietate agi. Idem habetur ex *l.ult. C.quorum bonorum*.

II. Non obſtat Cajus in *l.is qui deſtinavit, ff.de reivind.* ubi is, qui deſtinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto poſſit nanciſci poſſeſſionem. Nam, ut Accurſius, & ceteri communiter docent, conſilium eſt, non præceptum, ut poſſeſſorio agat, cum longe commodius ſit poſſidere, & Adverſarium ad onera petitoris compellere, quam alio poſſidente petere, quæ eſt ratio conſilii ab ipſo Cajo ibidem adducta. Et male Aquilinus tantopere ſe tuetur hoc textu, quaſi in eo præceptum tradatur, quia dicitur, *Debet*; nam ſi ibi præceptum eſſet, utique non liceret negligere interdicta, & ſolum uti reivindicatione: quod eſt falſiſſimum; nam cum agere ex interdicto ſit commodum Actoris, ut textus ait, utique Actor huic ſuo commodo renunciare licite poteſt, *d. §.nihil commune*.

III. Textus in *l.ult. C.quor.bonor.* facile ſolvitur, ſi animadvertamus, non ab uno eodemque actum fuiſſe reivindicatione, & interdicto Quorum bonorum, quale eſt adipiſcendæ poſſeſſionis; ſed cum Agnatus mulieris defunctæ a Viro per interdictum petiiſſet bona, quæ ipſa defuncta poſſidebat, Vir excipiebat de dominio, quia ea bona, quæ uxor poſſidebat, ſua erant. Decernit ergo Imperator, prius bona transferenda in Agnatum agentem interdicto Quorum bonorum; deinde de exceptione dominii cognoſcendum. Quod tamen aliqui apud Accurſium ibidem ſub diſtinctione intelligunt, nempe ut exceptio dominii non remoretur interdictum ab Actore propoſitum, ſi exceptio altiorem indaginem exigit: ſecus ſi vir in continenti de dominio docere velit. Sequuntur Bartolus, Baldus, Salycetus, & alii communiter. Ita quoque cum in *l.2. C.de edicto D.Hadr.* dicitur, heredem in teſtamento ſcriptum mitti in poſſeſſionem ex eo edicto, licet quis ſe filium Defuncti præteritum dicat; id ab Accurſio ibidem intelligitur; niſi ſe filium eſſe in continenti doceat. Hæc autem nihil faciunt ad quæſtionem noſtram, ubi agitur de uno eodemque, qui petitorio ſimul & poſſeſſorio agat.

IV. Ratio textus in *l.ult. C.de codicill.* non eſt, quod electione petitorii aufertur interdictum adipiſcendæ, ut putant Bartolus & Coraſius in noſtro *§.nihil commune*; ſed eſt ex repugnantia, & incompatibilitate, quæ oritur ex eo, quod quis ex eadem ſcriptura hereditatem ut ex teſtamento

Digitized by Google

petat, & poſtea mutato conſilio, petat ſe mitti in poſſeſſionem, quaſi vocatus ad fideicommiſſum, ut ex codicillis ab inteſtato, juxta textum in *l.ab inteſtato, ff.de jure codicill.* Quod accidet, ſi quis condito teſtamento, & iuſtituto herede, non adhibeat ſeptem teſtes, ſed quinque, teſtamento tamen adjiciat clauſulam codicillarem. Hoc autem ſucceſſionis genus teſtamentariæ repugnat, *l.quamdiu, ff.acquir.heredit*. Ita Menoch. *de recup.remed.4.num.*510. Gonzalez *loc.cit.num.*14. Donellus *7. comm.*18.

V. Quod attinet ad textum in *l.ſi de vi, ff.de judiciis*, notanda ſunt prius verba textus, quæ hæc ſunt: *Si de vi & poſſeſſione quæratur, prius cognoſcendum de vi, quam de proprietate rei, D.Hadrianus* τῷ κοινῷ Θεσσαλῶν *reſcripſit*. Ubi *poſſeſſio* non eſt, niſi proprietas rei ſtabilis, ut ſupra dictum eſt; nam cum in principio dicatur, *de vi, & poſſeſſione*, deinde habetur, *de vi, quam de proprietate*. Putant ergo Doctores, ex hoc textu haberi, ſi mota controverſia ſit proprietatis & poſſeſſionis ereptæ, prius agendum eſſe interdicto Unde vi, quod eſt de recuperanda poſſeſſione, deinde actione reivindicationis, quæ eſt de proprietate. Quare fit, ut actio realis cum actione de ſpolio cumulari non poſſit.

Quæ explicatio falſa eſt, ut recte monet Cujacius 5. *obſ.*15. quippe de vi quæri poteſt duplici modo, Civiliter, & Criminaliter. Civiliter per interdictum de vi, Criminaliter legibus Juliis de vi publica, vel privata. In noſtro textu non actum eſt civiliter, ut putant, ſed criminaliter, quod Cujacius probat ex eo, quod prædicta lex deſumta eſt ex Calliſtrati 5. *de cognitionibus*, ubi de judiciis criminalibus agebatur, & conſtat ex Indice Labitti. Sed melius demonſtratur ex eo, quia hoc idem Imperatoris reſcriptum iterum in Pandectis legitur in *l.qui cætu, §.ſi de vi, ff.ad legem Juliam de vi publica*, quæ lex Julia ad publica ſeu criminalia judicia pertinet. Species ergo noſtræ legis eſt. Qui de fundo fuit armis ejectus, egit duplici judicio, civili, quod eſt de reivindicatione, & criminali ex lege Julia. Quæſitum eſt, num recte fecerit? Reſcripſit Imperator, prius expediendum criminale judicium de vi ex lege Julia, tum civile de proprietate: nempe quia major quæſtio minori præferri debet, *l.ult. C. de ord. cognit*. Nihil ergo id facit ad noſtram quæſtionem, ubi dicimus, interdictum Unde vi, quod civile judicium eſt, poſſe cum alio civili judicio concurrere, quod eſt de proprietate. Et palam eſt in *l.cum fundum, §.fin. ff.de vi & vi armata*, ubi qui fundum vindicavit, poteſt pendente judicio agere interdicto Unde vi. Concordat Jus Canonicum in *cap.3.4.& 5. de cauſa poſſ.* & in *clement.un. in fine, cit.tit.*

Notandum tamen, a Cujacio credi textus in *d.l.ſi de vi*, & in *d.l.qui cætu §.ſi de vi*, eſſe ex novo Jure correctos in *l.1. C.de appellat.* & in *l.ſi quis, C.ad leg.Jul. de vi*. Quod tamen falſum eſt; nam in *d.l.1.* qui dejectus fuerat, duo quidem judicia propoſuit, unum civile, alterum criminale, ſed in civili nihil egit de proprietate, ut in ſuperioribus legibus; ſed propoſuit interdictum Unde vi; in criminali egit lege Julia. In hac

ſpe-

Digitized by Google

ſpecie a D.Severo ſtatutum eſt, prius de interdicto cognoſci debere, id eſt, cauſam civilem præferri criminali. Idem habetur ex *d.l.ſi quis.*

Itaque cauſa civilis de poſſeſſione præfertur criminali: cauſa civilis de proprietate non præfertur. Diſcriminis ratio dependet, quia judicium de poſſeſſione ſummarium, & quam breviſſime debet expediri, *l.æquiſſimum, ff.de uſufr.* & nos ſupra latius. Quod non eſt de judicio proprietatis, in quo lentus ille Juris ordo ſervatur. Vide Merillum 2. *obſerv.*36. Forner.2. *rer.quotid.*20. qui alias ſolutiones adducunt.

VI. Ad rationem ordinis, quæ deſumitur ex *d.l.3.C.de interd.*& *l.ordinarii, C.de reivind.* jam ſupra reſponſum, eas leges loqui, cum quæſtio proprietatis concurrit cum interdictis duplicibus; & his caſibus ratio ordinis exigit, ut prius de poſſeſſione, quam de proprietate agatur. At in quantum ad id, quod dicitur in *l.1.§.ult.ff.de aqua quotid.* interdicta de poſſeſſione, vel quaſi, eſſe præparatoria ad proprietatem, dicimus hanc præparationem ex cumulatione non impediri, aut tolli; nam ſemper prius de poſſeſſione, non de proprietate deciditur, quamvis utraque deciſio unica ſententia fiat: cauſa tamen proprietatis prior in exequutione eſt, ut docet Innocentius III. in *cap.cum dilectus, de cauſa poſſeſ.*

Hanc Summi Pontificis deciſionem ut vanam exagitant Donellus in *l.3. C.de interd.* & Vinnius 2.*ſelect.*39. Nam, ajunt, ſi obtineat actor in petitorio, & ſuccumbat in poſſeſſorio, utique in ſententia ſtatuetur, poſſeſſionem competere reo, & nihilominus ſtatim ei auferenda eſt, propter defectum dominii, & tribuenda actori, qui in petitorio obtinuit.

Reſpondet tamen Gonzalez in *d. cap. cum dilectus in notis, verbo prævalere,* & in *comm. num.*18.& Fermoſinus in *d.cap.cum Eccleſia,qu.*3. *num.*14.in ſpecie propoſita poſſeſſionem ſtatim & directo actori ut Domino adjudicari, quamvis in poſſeſſorio reus vicerit. Et hoc eſt, quod in *d.cap.cum dilectus* dicitur: *Licet in pronunciatione ſit poſſeſſio præmittenda, in executione tamen debet proprietas prævalere.* Nec tamen reus ſine fructu vicit; proinde enim eum ſubdeclaratur fuiſſe in poſſeſſione, ut ſcilicet intelligatur juſte fructus percepiſſe, & expenſas litis reſarcire non teneatur, ut etiam in *d.cap.cum Eccleſia* Ripa, Abbas, Imola,& Balboa notant. Adjudicatur ergo poſſeſſio Reo verbis tantum, re tribuitur Actori, ut idem Ripa, & Panormitanus obſervant.

Progrediamur modo ad ſolvenda argumenta pro ſententia Martini. Et ad primum dicimus, actionem in rem, & interdictum Uti poſſidetis, non eſſe contraria, ſed diverſa, ſcilicet, ſi ut docent, proponantur ſubalterne, ita enim debent proponi: *Tu non poſſides, ſed ego: & ut poſſideas, rem meam eſſe ajo.* Sicut non ſunt contrariæ defenſiones ita a reo oppoſitæ: *Nihil debeo; & ut debeam, pepigi tecum de non petenda pecunia,l.non utique, ff.de except.* Cujac.in noſtro *§.nihil commune,* & 25. *obſ.*34.

II. Ad textum in *d.cap.paſtoralis* varie reſpondent Doctores. Primo enim Aquilinus in *§.nihil commune, num.*204. docet, a Summo Pontifice

Digitized by Google

cumulationem actionis realis ſolum probari cum interdicto Unde vi, odio ſpolii, de quo agebatur in ſpecie ibidem Summo Pontifici propoſita, & habetur in *Clem.un. in fine*, *de cauſa poſſeſſ.* Quæ tamen ſententia rejicitur ex illis verbis, *De recuperanda ſeu adipiſcenda*, ubi aperte S.P. cumulationem probat tam in interdictis recuperandæ poſſeſſionis, uti eſt Unde vi, quam adipiſcendæ, quidquid Aquilinus renitatur.

Gonzalez in *d.cap.cum dilectus num.*18. opinatus eſt, Innocentium III. ibi amplexum fuiſſe ſententiam Martini, negantis actionem realem poſſe concurrere cum interdictis retinendæ poſſeſſionis, quamvis admittat cum interdictis adipiſcendæ, & recuperandæ. Quæ ſententia tuta non eſt; videtur enim contradicere Cæleſtino III. in *cap.ad ultimum*, *eod. tit.* cum præſertim ait, proprietatis & poſſeſſionis concurſum recipi tam de Jure civili, quam canonico, ut litigantes ſumtibus pareant.

Itaque verius eſt, in hac quoque parte Jus Pontificium concordare cum Cæſareo. Et quamvis Innocentius nominet ſolum interdicta adipiſcendæ, & recuperandæ poſſeſſionis, non tamen excludit interdicta retinendæ, illis verbis: *Aliis poſſeſſoriis judiciis in ſuo robore duraturis, quæ vindicationem dominii ſui natura præcedunt.* Sunt enim hæc verba intelligenda de caſibus, in quibus actor agit Jure poſſeſſionis, reus excipit ex cauſa proprietatis, interdictis duplicibus, in quibus prius de poſſeſſione, tum de proprietate cognoſcendum eſt, ut ratio ordinis exigit, quæ proponitur in *l.3. C.de interd.* & in *l.ordinarii*, *C.de reivindic.* ut ſupra diximus.

Ex hactenus diſputatis plura colliguntur. Hinc enim I. fit, ut utrumque judicium proprietatis & poſſeſſionis coram eodem Judice agitari debeat, ne cauſæ continentia dividatur, ut dicitur in *l.nulli prorſus*, *C.de judiciis*.

II. Ut Judex, cui ſimpliciter cauſa delegata eſt, tam de poſſeſſione, quam de proprietate poſſit cognoſcere, *cap.*1. *de ſequeſtr. poſſeſſ.* Contrarium tamen videtur colligi ex *l.3. C.ſi a non compet. Judice*.

Diſtinguendum eſt; aut enim cauſa ſimpliciter delegata eſt, & Judex recte de utraque cauſa cognoſcet, *d.cap.*1. Aut delegata eſt nominatim cauſa proprietatis, & non cenſebitur commiſſa cauſa poſſeſſionis, vel contra, ex *d.l.*3. Ratio eſt, quia reſcripta juſtitiæ ſunt ſtricti Juris, nec extenduntur ad ea, quæ in ipſis comprehenſa non ſunt, *cap.Rodulphus*, *cap.ſignificavit*, *de reſcriptis*; & cum Princeps unum committit, non videtur aliud committere, *l.cum Prætor*, *ff.de judiciis*. Ita poſt Gloſſam diſtinguit Barboſa in *cap.ad ultimum num.*13. *de cauſa poſſeſſ.* ubi etiam Gonzalez.

Nec obſtat textus in *cap. ex conqueſtione*, *de reſtitut. ſpoliat.* ubi commiſſa cauſa ſuper nullitate matrimonii, quæ eſt cauſa de Jure, Uxor coram Judice delegato petiit, Virum ſibi reſtitui. Ex quo fit, Judicem, cui cauſa de Jure commiſſa eſt, poſſe de poſſeſſione cognoſcere. Nam reſpondetur,

ſpondetur, Judicem delegatum in eo textu cognoſcere de poſſeſſione ratione mutuæ petitionis, ſeu reconventionis: & ex reconventione Judex alias incompetens redditur competens, *cap.1. de mutuis petition. l.Papinianus, C.de ſentent. & interlocut.* Ita Doctores ſupracitati.

III. Cumulatio aliquando fit, ut ſimul in utroque judicio procedatur uſque ad ſententiam diffinitivam, ut in *cap.2. cum 4. ſeqq. de cauſa poſſ.ſ.* Aliquando vero, ut prius judicium ſuſpendatur, ut in *Clem.un. cit.tit.* & *cap.ſignificaverunt, de teſtib.* Et finito poſteriore judicio, id eſt, poſſeſſorio, ad petitorium ſuſpenſum redire licet, ut col igitur ex *cap.2. cap.ex conqueſtione, de reſtitut. ſpoliat. cap.ſuborta, de re judicata.* Ita Rota *deciſ.1. & 10. in noviſſ. tit. de cauſa poſſeſſ.* Doctores communiter apud Fermoſinum in *cap.paſtoralis, qu.2. num.3.*

Ceterum ſuſpenſo petitorio, nequit Judex ſimul in petitorio & in poſſeſſorio procedere, Caputaqu. *dec.322.* Riccius *collect.254.*& patet ex *d.Clem.un.* ibi: *Suſpendere petitorium, in ſolo poſſeſſorio procedendo.*

IV. Fit, ut Judex, ubi facta cumulatio eſt, & de utraque commiſſione Litigatores audivit, poſſit vel utramque cauſam ſimul una ſententia decidere, *cap.ſignificaverunt, de teſtib. d.cap.cum dilectus*; vel ſeparatim, præmiſſa ſemper cauſa poſſeſſionis, *d.cap.1. de ſequeſtr. poſſeſſ. cap.dilecti, de appellat. d.cap.1. de cauſa poſſeſſ.*

Hoc tamen intelligendum eſt, ſi cumulatio fiat ad hunc effectum, ut ſimul de utroque judicio agatur, & utramque ſimul diffiniatur. Secus enim eſt, ſi fiat ad effectum ſuſpendendi petitorium, ut in noſtro *§.nihil commune*, & in *l.cum fundum, §.fin. ff.de vi & vi arm.* vel ſuſpendendi poſſeſſorium, ut notavimus ex *l.& an eadem, §.ult. ff.de except.rei judic.*

V. Fit, ut in eodem libello multo magis cumulari plura interdicta poſſeſſoria queant, ut retinendæ, & adipiſcendæ, vel recuperandæ poſſeſſionis, ſubalterne tamen, veluti: *Ego poſſideo, & ago interdicto Uti poſſidetis: & ut tu poſſideas, ago interdicto Unde vi.* Vide late Paulum de Caſtro *conſ.286.*

Ita etiam interdictum Salvianum, quod eſt ad obtinendam poſſeſſionem rerum, quas Conductor in fundum invexit, intulit, idque pro penſione fundi, poteſt cumulari cum actione hypothecaria, quæ judicium petitorium conſtituit, Neguſantius *de pignor. memb. ult. par. ult. num.26.* Menochius *de adipiſc. rem 3. a num.159.*

Hæc duo judicia conveniunt in hoc, quod utrumque datur contra quemcunque poſſeſſorem: diſcrepant vero, quia hypothecaria regulariter eſt cum onere probandi rem fuiſſe in dominio debitoris; cum obligabatur, *l.ante omnia, ff.de probat.* Quod onus remittitur agenti Salviano; cum ſatis ſit probare, rem tempore contractæ obligationis fuiſſe a debitore poſſeſſam, Bart. in *l.1. num.3. ff.de Salviano*, & *l.1. num.2. C.cit. tit.*

Non gravabor hic ultimo loco, veluti pro coronide, ſententiam Fabri circa cumulationem exponere, *dec.62. err.10.* qui diſtinguit inter

Jus

Digitized by Google

Jus vetus, & novum. Nempe Jure veteri Digeſtorum, quia cauſa interdictorum apud Prætorem ipſum tractabatur extra ordinem, cauſa vero proprietatis diſceptabatur apud Judicem a Prætore datum via ordinaria, id eſt, per actionis formulam ipſi a Prætore præſcriptam, ideo nunquam olim cumulatio judicii poſſeſſorii cum petitorio licita eſſe potuit. Et Juris ordo fuit, ut ſemper a poſſeſſione incipiatur, *l.is qui deſtinavit, ff.de reivind.* Fatetur tamen, eum qui vindicare cœpit, pendente eo judicio, recte de retinenda poſſeſſione egiſſe, *d.§.nihil commune*, vel de recuperanda per interdictum Unde vi, *l.cum fundum, §.fin. ff.de vi, & vi arm.* quia Prætor dando Judicem de proprietate, non auferebat ſibi poteſtatem cognoſcendi de poſſeſſione, cujus cauſa ſemper favorabilior, quia ſummaria eſt. At non fatetur ſimiliter, eum qui cœpit agere interdicto, audiendum fuiſſe, ſi voluiſſet rem vindicare, quia favor poſſeſſionis hanc ſententiam non patiebatur, & quia in ea re auctoritas Prætoris, qui non completo judicio deferebatur, lædi quodammodo videbatur.

Hæc Jure novo mutata fuerunt poſt ſublatas differentias cognitionum extraordinariarum, & judiciorum ordinariorum, *§.ult. Inſtit. de interd.* Ideo hæc ratio amplius cumulationem impedire non potuit; & ſtatutum eſt, ut Judex unus de cauſa proprietatis & poſſeſſionis cognoſcat, ne cauſæ continentia dividatur, *l.nulli, C.de judiciis*.

Cœpto judicio in rem, quando liceat agere interdicto.

QUÆSTIO II.

VUlgo Doctores diſtinguunt; aut enim interdicto agitur ad eum finem, ut petitorium judicium ſuſpendatur; & docent interdictum ante cauſæ concluſionem proponi debere. Sin autem ad hoc, ut ſimul utrumque judicium expediatur, unaque ſententia ambæ lites decidantur; & ad interdictum recte etiam poſt concluſionem decurri volunt.

At Fermoſinus in *d.cap.paſtoralis, qu.1. num.3.* verius eſſe docet, in quantum ad utrumque effectum poſſe agi interdicto uſque ad concluſionem in cauſa petitorii. Id ipſum ibidem Imola, Romanus, Alexander, & Balboa. Sequuntur Menochius *de adipiſc. rem.4. n.527.* Joannes Garſia *de nobilit. gl.11. num.12.* qui hanc ſententiam de utroque Jure locum habere affirmant.

Verum, ut hæc quæſtio generalius tractetur, meliuſque queat intelligi, tria diſtinguenda ſunt, Emendare actionem, Mutare, & Cumulare, quæ diſtinguit Accurſius in *l.edita, verbo Emendari, C.de edendo*, & magnam lucem toti huic tractationi afferunt.

Emendare eſt, cum ſalva actionis ſemel propoſitæ ſubſtantia, error tol-

tollitur, *l.actorem*, *ff.de re judic.* Ut ſi quis plus debito petiit, ne incidat in pœnam plus petentium, juſtum petat. Et hanc emendationem ſine nova conteſtatione fieri uſque ad ſententiam poſſe, opinatus eſt Martinus. Cui contradixit Joannes; qui nonniſi ad litis conteſtationem permiſit. Hoc tamen Accurſius verum eſſe fatetur in judiciis ſingularibus, ex *l.non poteſt*, *ff.de judiciis.* Secus vero eſſe docet in judiciis univerſalibus, ut hereditatis petitione, & in generalibus, ut actione tutelæ, in quibus emendatio permittitur uſque ad ſententiam, *l.4. & l.ſi quo*, *ff.de petit. heredit. l.2. & 6. ff.de judic.* Ita Accurſius in *d.l.edita,* qui ita utramque ſententiam Martini & Joannis concordare videtur.

Mutare vero actionem dicimus, cum priore omiſſa, alia inſtituitur; ut ſi Actor omiſſo judicio poſſeſſorio, intendat petitorium, vel omiſſa via ordinaria, agat exequutiva. Et Accurſius hoc permiſſum olim fuiſſe uſque ad litis conteſtationem tantum, docet ex *d.l.non poteſt*, *ff. de judiciis*. Hodie vero nec etiam ante conteſtationem, ſi jam Reus ſit legitime citatus, *Auth. qui ſemel*, *C.quom.& quan Judex.*

Verum alii indiſtincte docent, libellum & emendari, & mutari poſſe ſemper, & in omni judicio uſque ad ſententiam, Alciatus, & Donellus in *d.l.edita*, & 23. *comment.*5. Gonzalez in *cap examinata*, *num.*10. *de cauſa poſſeſſ.* Vaconius 6. *declar.*89. Menoch. *d.rem.*3, *num.*25. Quod etiam eſt contra Bartolum, Baldum, Fachineum 11. *contr.*92. *&* 95. alioſque, qui generatim emendationem & mutationem concedunt uſque ad litis conteſtationem, & non ultra, ex *l.ult. C.de plus petition.*

At ſuperior ſententia probatur ex *§.ſi quis aliud*, *Inſtit. de action.* ubi Juſtinianus ſermonem habet primo de Emendatione, ut ſi quis aliud pro alio intendat; deinde loquitur de Mutatione, ut ſi quis ex teſtamento ſibi dari oportere intendat, quod ex ſtipulatu debetur. Et indiſtincte ait: *In eodem judicio*, *cognita veritate, errorem ſuum corrigere ei permittitur.* Ait, *In eodem judicio*, id eſt, uſque ad ſententiam; ad eam enim uſque judicium durat. Et facit generalitas textus in *d.l.edita*, ubi permittur Emendatio, & Mutatio, nulla facta temporis mentione. Ergo etiam poſt litem conteſtatam uſque ad ſententiam, argumento ex *l. nec non*, *§.quod ejus*, *ff.ex quib. cauſ.majores*.

Id ipſum in quantum ad Mutationem patet ex *l.cum fundum*, *§.ult. ff.de vi, & vi arm.* ubi qui fundum vindicavit, pendente judicio nihilominus interdicto Unde vi agere poteſt. Dicit, *Pendente judicio*, quod idem eſt, quod *In eodem judicio*, id eſt, uſque ad ſententiam, quidquid Gran.& Fermoſ. in *d.cap.paſtoralis* velint, dum interpretantur uſque ad concluſionem.

Nec facit cum Accurſio textus in *d.l.non poteſt*, *ff.de judic.* quia non agitur ibi de Mutatione vel Emendatione actionis, ſed tantummodo dicitur, non videri in judicio deductum, quod poſtea deberi cœpit, quia alia res eſt, *l.nam quemadmodum, ff.de judic.* & facit *l.Attejus*, alias

Au-

Antæus, ff.de aqua pluvia. Ita Donellus *loc.cit.*

Nec iterum obſtat *d.Auth.qui ſemel*, quia nec etiam ibi de Emendatione aut Mutatione libelli ſermo eſt, ſed de Eremodicio, nempe ſi actor deſerat judicium, nec amplius compareat; inſtante reo, cogi poteſt ut finiat, niſi ob Eremodicium condemnari velit. Vide Cujacium, in *l.properandum*, *§.& ſiquidem*, *C.de judiciis*.

Nec tandem facit cum Bartolo textus in *l.ult.C.de plus petition.* ubi qui plus petiit, totius debiti cauſa multatur, niſi ante litem conteſtatam errorem ſuum corrigat; nam hic caſus ſpecialis eſt, & locum habet, ubi Actor non per errorem, ſed per dolum & machinationem errorem non emendat, ſicuti Juſtinianus *ibidem* ait, & poſt alios tradit Oſualdus ad Donellum *lib.22. cap.9. lit.I.*

Cumulare demum eſt, cum uni actioni adjungitur altera, & utraque ſimul agitur, vel ut prior actio ſuſpendatur. Et id fieri poſſe poſt litem conteſtatam, docet Accurſius in *d.l.edita*, nempe quia nulla lex id fieri prohibet, argumeto ex *d.l.nec non, §.quod ejus, ff.ex quib.cauſ. major.* Videtur tamen Accurſius hanc cumulationem permittere uſque ad ſententiam: ſed potius eſt, permitti tantum ad concluſionem, ut de Jure Canonico ſtatutum eſt.

Et probatur cum ſupracitato Fermoſino I. ex *d.cap.paſtoralis.*, ubi hæc Summus Pontifex habet: *Si vero renunciatum fuerit, vel concluſum, ut jam poſſit cauſa proprietatis diffinitivæ ſententiæ calculo terminari, ne lites litibus inculcentur, & via poſſit fraudibus aperiri, cauſa non deciſa, poſſeſſorio non erit utendum.* Quæ rationes vim habent, tam ſi Cumulatio fiat cauſa ſuſpendendi, quam ſi cauſa uniendi ſimul utramque actionem. Primo ergo Summus Pontifex ſtatuit generatim, facta cauſæ concluſione, Cumulationi non eſſe locum, quia concluſio etiam renunciatio dicitur, quia in concluſione Litigatores probationibus renunciaſſe intelliguntur, ipſiſque os clauditur, Menochius *de arbitr.q.35. in princ.* Apud nos tamen de ſtylo intelligitur renunciatum productioni teſtium, non etiam ſcripturarum, qui ſtylus originem habet ex *Pragm. curſu, de ordin.judic.* Afflict.*dec.272. in princ.* Secundo rationes ſubnectit; cum enim poſt cauſam concluſam immineat jam cauſæ deciſio per ſententiam diffinitivam, utique non eſt hæc deciſio retardanda per Cumulationem; eſſet enim lites litibus inculcare. Præterea, qui ſibi timet, ne cauſa cadat, facile tentaret remorari ſententiam propoſita Cumulatione, cui fraudi obviandum eſt. Tertio tandem ait, *Cauſa non deciſa*. Unde ſi cauſa petitorii deciſa jam ſit, poterit ad poſſeſſorium decurri, nec obſtabit exceptio rei judicatæ, quia poſſeſſio & proprietas diverſæ res ſunt. Sicuti e contrario, qui ſuccubuit in cauſa poſſeſſorii, poteſt reivindicatione agere, *l.& an eadem, §.ult. ff.de except. rei judicatæ*.

Subjicit deinde Summus Pontifex exceptionem: *Niſi Judex, qui de cauſa cognoſcit, hoc ipſum ex juſta cauſa viderit expedire*, id eſt, poſſe

Ju-

Digitized by Google

Judicem, ſi ita ei videbitur, admittere poſſeſſorium etiam poſt concluſionem. Facit textus in *d.l.edita*, ibi: *Vel jus reddentis decernit æquitas*. Ita erit, ſi conſtet de violentia ſpoliantis, *l.meminerit*, *l.ſi quis in tantam*, *C.unde vi*, *l.ſi quis ad ſe fundum*, *C. ad legem Juliam de vi*. Vel ſi dolo ſpoliantis, aut aliquo caſu factum ſit, ne ſpoliatus de Jure ſuo docere poſſit; *d. cap.paſtoralis*, Covarr.in *regula Poſſeſſor, par.2. §.6.num.2.*

II. Probatur ex *cap.ſignificaverunt*, *de teſtibus*, quem perperam ſecum facere putant Adverſarii. Etſi enim ibi duo caſus diſtinguantur, primus ſi poſſeſſorium proponitur, cum in petitorio uſque adeo proceſſum eſt, ut plene poſſit de proprietate liquere, & ea decidenda cauſa eſt, deinde cauſa poſſeſſionis cumulata: ſecundus, ſi proponitur poſſeſſorium antequam de proprietate liqueat, & tunc utraque quæſtio unica ſententia definienda eſt. Non tamen inde colligere licet, poſteriorem caſum reſpicere cumulationem factam ante concluſionem, priorem vero poſt concluſionem; nam expreſſe Summus Pontifex notat in ea cauſa, cum propoſitum fuit poſſeſſorium, adhuc concluſionem non fuiſſe factam, ſed ſolum imminentem fuiſſe publicationem; nam completo examine teſtium, fit publicatio in cauſa, qua facta devenitur ad concluſionem. Ergo in utroque caſu ſupponitur Cumulatio propoſita ante concluſionem; quia tamen jam examen teſtium factum fuit, accidere potuit, ut ex eo ſolo examine de proprietate liqueret. Id ipſum clarius patet ex integra Decretali, quam refert Antonius Auguſtinus in *3.collect. tit.de teſtibus, cap.9.*

Unum ſingulare notandum eſt ex *Clem.un. de cauſa poſſeſſ.* ubi qui in cauſa beneficii ſolum petitorium propoſuit, & ſuccubuit, ſi ad Sedem Apoſtolicam appellet, poteſt ab alterutra Parte ſuſpendi petitorium, petendo ut procedatur in poſſeſſorio, quod de novo proponitur. Quam deciſionem mirabilem vocat Cardinalis ibidem, nempe quia Judex appellationis non habet cognitionem, niſi in articulo, in quo appellatio fuit interpoſita. Ratio tamen ſpecialis eſt, quia ſi appellatione facta ad S.P. non poſſet de poſſeſſorio agi, nec etiam cumulari poſſet amplius apud Judicem primæ inſtantiæ, ad quem finita appellatione devolvitur tantum executio, *can.fin.2. qu.6. cap.cum teneamur, de appellat.* Gran. in *d.cap.paſtoralis a num.6.* quem ſequitur Fermoſinus *ibid. d.qu.2. num.7.* qui de materia late agit.

De concurrentibus actionibus.

DE concurrentibus actionibus librum ſingularem conſcripſit Paulus, cujus duo tantum fragmenta in Pandectis extant, alterum in *l.ſi quis egerit 90. ff.de furtis*, alterum in *l.qui ſervum 33. ff.de oblig.& act.* ex qua lege & illud conſtat, varias plurimumque inter ſe diſſidentes de ea tota re extitiſſe veterum Juriſconſultorum ſententias. *Magnas varietates*

Digitized by Google

vocat Hermogenianus in *l. cum ex uno* 31. *ff. de oblig. & action. Longas controverſias* appellat Ulpianus in *l.5.§.1.ff.ad legem Aquiliam*. Utinam hujusdiſſidii nulla in Jure Juſtinianæo reliqua eſſent veſtigia,minus enim laboris, minus moleſtiæ in tot legibus,quæ de his actionibus agunt,quæque invicem pugnare videntur, vel explicandis, vel conciliandis, nobis eſſet inſumendum. Sed quoniam ita in fatis erat, ut & Pauli libro careamus,& Triboniani incuria laboremus; non ingratum fore arbitror, ut de ea re, de qua egit etiam Cujacius 8. *obſerv.*24. quantum per tempus licet, in præſentia diſſeramus. Totum autem tractatum non in tot, nec in ea capita dividemus, in quot,& in quæ dividi debere putat Petrus Faber in *l.nunquam* 130. *ff.de reg.Jur.* Satis enim omnia, quæcunque dici poſſunt, tribus tantummodo propoſitionibus comprehenduntur.

I. PROPOSITIO.

Actiones pœnales in eadem re, ſed ex pluribus factis, concurrentes, altera alteram non conſumit.

HUc pertinent, quæ habet Ulpianus in *l.nunquam, ff.de reg.jur.* in hæc verba: *Nunquam actiones, præſertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam conſumit*. Quæ regula, paucis immutatis, extat etiam in *l.nunquam*, *ff.de oblig.& act.* & a nobis varie interpretari ſolet. Sed ad verum intellectum nos veluti manu ducit Juſtinianus in *§.ult. Inſt.ſi quadr.paup.fec.dic.* ubi eam ipſam recitat, & hoc exemplo illuſtrat. Si aprum habeas, qua vulgo iter ſit, & ſervo meo nocitum ſit, agere poſſum ex Ædilis edicto, ut duplum damni præſtes, & actione de pauperie, qua aprum conſequar. Duo hic facta ſunt, ideoque duæ culpæ in eadem re, id eſt, in eodem apro: propterea Jure merito duæ in te actiones competunt, nec una alteram conſumit. Ejus definitionis ratio aperta eſt, & traditur ab eodem Ulpiano in *l.2. ff.de privat.delictis*: *Nunquam*, inquit, *plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam*. Non abludit Quintilianus in *Declamat. de ignomin. pulſat. Duæ enim ſunt injuriæ in hoc uno facto, & ideo duæ pœnæ*.

Plura his ſimilia in Jure noſtro paſſim occurrunt: paucis ero contentus. Si ſervus tuus ſervum meum ſurripuit, & occiderit, furti & damni injuria in te actio competet, *l.ſi ſervus ſervum, ff. ad legem Aquiliam*. Cur ita? Nempe quia duo facta ſunt, duo etiam delicta, unum furti, alterum damni, in eadem re admiſſa, id eſt, in eodem ſervo. Quare ex duabus actionibus, quæ inde oriuntur, una alteram non conſumit.

Ita

Ita ſi quis alienam ancillam ſurripuerit,& flagitaverit,in eum actione ſervi corrupti, & furti, poterit agi, *d.l.2. §.pen. ff.de privat.delict.* Nam hic *flagitaverit*, legendum eſt, non *flagellaverit*, ut recte Budæus in *Annot.reliqu.* Agitur enim non de damno dato, quod flagello fit, ſed de ancilla corrupta flagitando: quippe flagitare nihil aliud eſt, quam vitium virgini inferre, quod vitium veteribus *flagitium* dictum eſt,ut Ravardus in *d.l.nunquam* obſervat.

Tandem ſi quis ſervum alienum ad furandum Domino ſollicitaverit, furto ſecuto, tenetur Domino actione furti, & ſervi corrupti, *§.unde illud, Inſtit. de oblig. quæ ex delicto*. Paria his habentur in *l.facienda, §.1. ff.arbor. furt. cæſar.*

Illud verum eſt, hæc proprie ad concurſum non pertinere. Concurſus enim actionum eſt, quoties ex uno eodemque facto plures actiones competunt, ut definit Jacobus Gothofr. in *Cod.Theodoſ.tit.victum civiliter agere & criminaliter poſſe l.un.* & colligitur ex *l.cum ex uno delicto, ff.de oblig.& action.* Unde & illud conſtat,*d.l.nunquam* de concurſu actionum non loqui, & male hactenus in contrarium creditum eſt vel ab ipſo Gothofredo.

II. PROPOSITIO.

Actiones ex uno facto in eadem re concurrentes,altera alteram non conſumit. Primo, ſi una miſta ſit, altera pœnalis. Secundo, aut una rei perſequutoria, altera pœnalis. Tertio, aut una rei perſequutoria,altera miſta. Quarto, aut una civilis, altera criminalis.

PRimo ergo de miſta & pœnali dicemus. Paulus in *l.actione, ff.de tutel.& ration. diſtrah.* hanc proponit ſpeciem. Tutor in gerenda tutela rem ex bonis pupilli abſtulit animo furandi. Duo hic tutor delicta admiſit. Unum, quia rem pupillarem avertit; non enim tutori licet quidpiam ſibi capere, etiamſi citra dolum id faciat, veluti putans vel ſibi licere, vel pupillum conceſſurum, ut Gloſſa *ibidem* ait. Finge, tutor ob labores in geſtione tutelæ inſumtos credit licitum eſſe quidpiam ſibi ſumere ex re pupilli. Is quippe errore Juris delinquit, cum tutela munus gratuitum ſit. Delinquit etiam, ſi errore facti exiſtimet facilem pupillum, nec, ſi rogaretur, negaturum. Et pœna eſt ad duplum, in quo ineſt & ſim-

 plum.

Digitized by Google

plum. Hoc perſequitur actio de rationibus diſtrahendis, quæ miſta eſt; *d.l.actione in fine*; eaque ex lege XII.Tabularum deſcendit, Cujacius in *paratitl. lib.*27. *tit* 3 Verum quia dolus & animus lucrifaciendi acceſſit, incurrit tutor delictum alterum, quod eſt furtum. Ait Paulus, tutorem non ſolum furti teneri,ſed & actione de rationibus diſtrahendis. Hæc ejus verba: *Utraque autem actione obligatur, & altera alteram non tollit*. Habes hic unum factum in eadem re; & eſt interceptio rei pupillaris: inde tamen duæ actiones oriuntur, quarum altera eſt miſta, pœnalis altera. Et recte ambo concurrunt, quia ad diverſa tendunt; nam actione de rationibus diſtrahendis pupillus conſequitur ſimplum, & tantundem pœnæ nomine; actione furti alteram dupli pœnam exiget. Etſi enim hic unum factum ſit,duo tamen delicta ſunt admiſſa; & delictum ob aliud delictum pœnam non minuit,*l.2.ff.de privat.delictis.* Concordat *l.ſed etſi,§.& ideo, ff.ad legem Aquiliam.*

Hæc tamen aliquo indigent temperamento, ut ex poſteriori actione id tantum conſequamur, quod in priori defuit. Pone,agit pupillus actione de rationibus diſtrahendis; conſecutus eſt rem, & ſimplum pœnæ; cum aget deinde furti, non duplum pœnæ nomine habebit, ſed ſimplum alterum, ut hæc ſimul juncta duplum efficiant. E contrario ſi prius egit furti, quoniam jam duplum pœnæ habet, rationibus diſtrahendis nil niſi rem perſequetur. Et hoc eſt temperamentum, quod proponitur in *libro de concurrent.action.* a Paulo in *d.l.qui ſervum, ff.de oblig.& act.* & in *d.l.ſi quis egerit, ff.de furtis*, quibus adde *l.1. ff.de vi bonor. raptor.* Deſcendit tamen a Trebatio in *l.1.ff.arbor. furt. cæſar.* ex quo textu etiam patet, hoc ex officio Judicis pendere; & ita capi debet idem Paulus in *l.pen. ff. cit.tit.* & Hermogenianus in *l.cum ex uno, ff.de oblig.& action.*

Secundo de rei perſecutoria, & pœnali. Pone cum Ulpiano in *l.rei communis,ff.pro ſocio,*ubi ſi ſocius rem communem celandi animo contrectavit, furti agi cum ſocio poteſt, & actione pro ſocio, nec altera actio alteram tollit. Concordat *l.1. §.in tutela. ff.de tutel.& ration.diſtrah.*

Obnititur tamen Jabolenus ex Caſſio in *l.ſi is cui, ff de furtis*, ubi ſi furti actum eſt, commodati actio extinguitur. Multum Accurſius in *d. l.rei communis* inſudat, ut hunc obicem removeat, tandem eo confugit, ut dicat, hic a Jaboleno actionem furti pro condictione furtiva accipi: & hanc bonam ſolutionem appellat. Et ſane eſt; hic enim vocabulorum abuſus in Jure noſtro novus non eſt: quippe in ea ſententia Pauli, *Res ſurrepta, ſi in Domini poteſtate reverſa ſit, ceſſat furti actio*, utique *furti actio* pro condictione furtiva uſurpatur; hæc enim eo Pauli caſu ceſſat, non illa, *l.10. ff.de condict.furt.* Cujac.21. *obſervat.*19. Quam interpretationem ſi recipimus, jam quod Jabolenus ait, ad eum pertinet caſum, ubi de concurſu duarum actionum agitur, quæ ambæ rei perſecutoriæ ſunt, de quibus in *Propoſ.III.*

Sed quid faciemus Cajo? Is in *l.ſi merces, §.culpæ, ff.locati* pro arboribus

ribus

Digitized by Google

ribus ſucciſis ait, *officio Judicis* locatorem non uti, niſi actione locati; omiſſa pœnali ex *l.XII.Tabularum de arboribus ſucciſis*. Pœna eſt, ut in ſingulas arbores ſucciſor luat æris 25. Plinio teſte *lib.*17. *cap.*1. & refertur a Gothofredo *Tab.*2. Id ipſum velle videtur Ulpianus in *l.quicunque, §.idem ait, ff.de inſtitor. act.* ubi ſi libitinarii ſervus pollinctor mortuum ſpoliavit, datur in Dominum quaſi inſtitoria actio, quamvis & furti & injuriarum competat.. Sed hoc eſt temperamentum, quod a Judicis officio procedit, Cajus in *d.§.culpæ*, de quo mox.

Tertio de rei perſecutoria & miſta. Variæ de hac in re videntur extitiſſe Juriſconſultorum ſententiæ. Pugna tamen non eſt de eo, qui plus elegit; nam ſi miſtam quis actionem proponat, & rem & pœnam conſequatur, minime ambigitur, cum actione rei perſecutoria amplius uti non poſſe, *l.qui ſervum, §.fin. ff.de oblig. & action.* rurſus enim rem peteret: & bis idem petere, prædam ſectari eſt. Quæſtio ſolum eſt in eo, qui errore Juris, vel Facti, minus elegit. Movit judicium actione rei perſecutoria, quæritur an poſſit deinde actione miſta experiri?

Et dicimus, utramque actionem, & rei perſequutoriam & miſtam, tribui actori, non tamen in ſolidum, ſed ut ex poſteriori deducat id, quod ex priori actor conſequutus eſt, ne bis idem auferat. Ita Paulus in *d.l.qui ſervum, §.fin.* Ecce is, cui veſtimenta mea commodavi, eadem ſcidit, aut rupit: mihi duabus actionibus tenetur, & commodati, quæ rem ſolam perſequitur, & legis Aquiliæ, quæ perſequitur & rem & pœnam. Jam pone, egi actione commodati ad ſimplum: quæres, an experiri poſſim actione ex tertio capite legis Aquiliæ? Reſponſio Pauli eſt, me uti poſſe, at non in ſolidum, ſed ſolum in quantum ad illud *plurimi* legis Aquiliæ, quod pœnæ nomine exigitur. Verba Pauli ſunt: *Poſt commodati autem an Aquilia remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius eſt, dubitatur. Sed verius eſt, remanere.* Ita legitur in Pandectis Florentinis: & male quidam negationem addunt, ut ſit, *Sed verius eſt, non remanere*, Antonius Auguſtinus 1.*emend.*3. Intelligit autem, poſtea quam commodati actum eſt, legis Aquiliæ actionem remanere, ſed ſolum reſpectu pœnæ. Rationem Paulus ſubjicit: *Quia ſimplo accedit, & ſimplo ſubducto locum non habet.* Senſus eſt. Actor actione commodati jam habet ſimplum, huic ſimplo pœna legis Aquiliæ accedit: quod ſi ſimplum ex commodato ſubducas, auferas, locum non habet, hæc ſcilicet reſtrictio legis Aquiliæ, ſed pro ſolido proponetur. Non enim accedo Cujacio 3.*obſerv.*25. & in hac ipſa *l.qui ſervum, §.fin.* dum negationem demit, & legit, *Simplo ſubducto locum habet.* Hæc eadem habet Ulpianus in *l.unde quæritur* 7. *§.*1. *ff.commodati*.

Hoc vero non tam ipſo Jure accidit, quam Judicis officio, qui ex poſteriori actione demit id, quod ex priore conſequutus ſum, ut capiendus eſt Paulus in *l.quoties* 40. *ff.de oblig. & act.* Si eodem, inquit, *facto duæ competant actiones, poſtea Judicis potius partes eſſe, ut quo plus ſit in*

re-

Digitized by Google

reliqua actione, id actor ferat: ſi tantundem aut minus eſt, id conſequatur. Senſus eſt, ſi qua lege veteri obligationi nova adjuncta ſit, & plus in nova ſit, ea actor officio Judicis conſequetur, quod in veteri defuit: quod ſi in nova tantundem ſit, vel minus, actor eodem Judicis officio, *id conſequetur*, nempe id quod in veteri eſt. His poſtremis verbis ita explicatis, apparet fruſtra laborare Cujacium 3. *obſ.*25. dum hæc ultima Pauli verba ſenſu carere putat, & illud *Id* immutat in *Nil*. Quod aliis immerito arriſit.

At cur non ipſo Jure? Cur officio Judicis opus eſt? Nempe quia Juris regula eſt: *Quoties lex obligationem introducit, niſi nominatim caverit, ut ſola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere, d.l.quoties.* Hinc fit, ut ipſo Jure poſſit actor pluribus actionibus in ſolidum uti, quando eas omnes ei leges tribuunt. Non enim nova obligatione introducta, vetus ſublata eſt, ſed manet, & ita manet, ut omnes competant. Cur non omnibus utetur actor? Verum quia hac tanta Juris ſubtilitate fieri aliquando poteſt, ut actor plus recipiat, quam meretur, ut bis idem conſequatur; ideo officio Judicis opus fuit, qui poſt primam actionem tribuat etiam ſecundam; ſed cum eo temperamento, ut ex poſteriori deducatur id, quod actor ex priore jam conſecutus eſt. Simile eſt, quod habetur in *§.ſi cui fundus, Inſtit.de legatis.*

Multa ſunt, quæ refragari videntur. I. Quia concurrentibus duabus actionibus, altera rei perſecutoria, altera miſta, una tantummodo, non omnibus utendum eſt, *l.plura delicta, ff. de oblig. & act. l.in rebus, §.ſive autem, ff.commodati, l.ſi ſervus ſervum, §.Proculus, ff.ad legem Aquiliam.* Quod verum eſt, etiamſi minus elegerim; nam ſi pupillus uſus ſit condictione furtiva, vel actione tutelæ, quæ rei perſecutoriæ ſunt, amplius actione de rationibus diſtrahendis, quæ eſt miſta, uti non poteſt, *l.1. §.in tutela, l.2. ff.de tutel. & ration.diſtrab.*

II. Quia actor contentus eſſe debet poteſtate minus eligendi, ut nullo modo majus eligere queat, *l.ſi vulneraveris, l.ſi merces, §.culpæ, ff.locati.*

Verum & hæc non ipſo Jure, ex quo negari non poteſt plures actiones competere, ſed officio Judicis procedunt, ut in *d.l.ſi vulneraveris*, & in *d.§.culpæ*, manifeſtum eſt. Difficultas ergo ſolum in eo manet, quod Judicis officium interdum collocetur in temperamento, ut ex poſteriori actione deducam id, quod ex priori conſecutus ſum, *d.l.quoties, ff.de Obl.& Act.* Interdum in electione, quod electa minori actione, priver altera etiam majori, *d.l.1. §.in tutela*, cum *l.2. ff.de tutel.& ration.diſtrab.* Interdum vero in electione tollenda, ut minori actione contentus ſim, *d.l.ſi vulneraveris, & d.§.culpæ.*

Hæc omnia oriuntur ex eo, quia officium Judicis verſatur in praxi forenſi ad actiones pertinentes, Giphan.ad *tit.Inſtit.de offic.Jud.* Hæc autem praxis varia eſt, prout Judici æquius viſum eſt; nam poſitum in eo eſt, ut æquitatis ratio ſervetur, *l.ſumtus, ff.de reivindic.* Hinc eſt, quod of-

officium iſtud ad contraria pertinere poſſit, & interdum actionem denegat, vel eidem modum imponit, ut dictum eſt. Interdum ſupplet id, quod ex actione deeſt. Ita liberi in poteſtate, qui actionem ad petendam a parentibus dotem non habent, eam officio Judicis conſecuntur, *l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar.* Ita Profeſſores conſequuntur mercedes, implorato Judicis officio coram Præſide vel Proconſulæ Provinciæ, *l. 1. in princ.* ubi Accurſius, *verbo dicere, ff. de extraord. cognit.* Romæ vero coram Tribunis Ærariis, qui Jus dicebant in Baſilica Porcia, Juvenalis de infelicitate ſtudiorum:

Rara tamen merces, quæ cognitione Tribuni
Non egeat.

Quarto tandem de actione Civili & Criminali. Et regula eſt, ut ſi ex eodem facto oriantur, altera per alteram non conſumatur.

Hæc regula extat in Codice Theodoſiano ſub *tit. victum civiliter agere & criminaliter poſſe, l. un.* Et ita a Gratiano Imperatore concipitur: *Quoties de re familiari & civilis & criminalis competit actio, utraque licet experiri; nec ſi civiliter fuerit actum, criminalis poteſt conſumi.* Fruſtra eſt Jacobus Gothofredus *ibidem*, cum huc pertinere putat regulam Hermogeniani in *l. cum ex uno 31. ff. de oblig. & action. Cum ex uno delicto plures naſcuntur actiones, omnibus experiri permittitur.* Cum enim Juriſconſultus huic ſuæ regulæ exemplum ſubjiciat de arboribus furtim ſuccisis, aperte demonſtrat, eam nihil ad criminales actiones pertinere; nam pro arboribus ſuccisis non eſt alia prodita actio, quam ex lege XII. tabularum, & ex lege Aquilia, *l. ſi colonus, ff. arbor. furt. cæſar. l. duobus, §. colonus, ff. de jurejur. l. ſi merces, §. culpæ, ff. locati.* Harum autem nulla criminalis eſt, etſi altera ſit pœnalis, altera miſta; quoties enim pœna pecuniaria cedit lucro actoris, ut in his, actio civilis eſt: & ad criminalem opus eſt, ut pœna Fiſco perſolvatur, Jaſon in *§. actio, num. 19. Inſtit. de actionibus.*

Contra, exempla Gratiani ſunt, ſi concurrat interdictum Unde vi, cum crimine legis Juliæ de vi: interdictum de tabulis exhibendis, cum crimine legis Corneliæ teſtamentariæ: actio de operis patrono debitis, cum crimine ex lege Viſellia ſive Viſcellia: actio furti, cum crimine legis Fabiæ de plagiariis: actio civilis de fide inſtrumenti, cum criminali ex Senatuſconſulto. Vide Cujacium 20. *obſerv.* 26. Ita ſi ſervus dolo occiſus ſit, agi ex lege Aquilia, & lege Cornelia de ſicariis poteſt.

Eam Gratiani regulam retulit Tribonianus in Codicem Juſtinianæum ſub *tit. Quando civilis actio criminali præjudicet*, & unum de ſuo addidit, eam locum habere non tantum ſi prius civiliter fuerit actum, ſed *& ſimiliter e contrario*; nec enim referre utra prius actum ſit.

Pugnat tamen reſcriptum D. Hadriani in *l. ſi de vi 37. ff. de judiciis*, ubi hæc verba leguntur: *Si de vi & poſſeſſione quæratur, prius cognoſcendum de vi, quam de proprietate rei, D. Hadrianus* τῷ κοινῷ τῶν

Θεσ-

Digitized by Google

Θεσσαλῶν, *reſcripſit*. Ubi *poſſeſſio* non eſt, niſi proprietas rei ſtabilis;nam cum ſtatim initio dicatur, *De vi & poſſeſſione*, deinde habetur,*De vi quam de proprietate*. Hoc non eam habet ſententiam, quam vulgo habere creditur. Hærent in eo errore Doctores, ut hoc reſcriptum intelligant,quaſi in eo dicatur, ſi mota controverſia ſit proprietatis & poſſeſſionis ereptæ, prius agendum eſſe interdicto Unde vi, quod eſt de reciperanda poſſeſſione, deinde actione reivindicationis, quæ eſt de proprietate. Eam explicationem Jure merito rejecit Cujacius 5. *obſ.*15. ut ſupra traditum eſt.

Pugnat ergo cum regula Juſtinianæa, ex qua nihil intereſt, utro prius judicio agatur; eo magis, quod a Juſtiniano idem exemplum de eo, qui per vim de poſſeſſione dejectus eſt, ſuæ regulæ illuſtrandæ cauſa ſubjicitur; & actoris arbitrii eſſe ait, ut ſi egerit pro recuperanda poſſeſſione interdicto Unde vi, non prohibeatur deinde etiam lege Julia de vi publico judicio inſtituere actionem. Quæ pugna eſt, ſi hæc non eſt?

Placet diſtinctio Emundi Merilli 2.*obſ.*36.nempe Juſtinianum loqui, quoties ſeparatum judicium criminale & civile proponitur; tunc poteſt actor pro arbitrio hanc vel illam cognitionem ſine præjudicio alterius proponere. Non ita Hadrianus, qui loquutus eſt de eo, qui ambas actiones cumulavit ſimul, & conjunctim propoſuit; eo enim caſu prius criminale judicium expediendum eſt, quia major quæſtio minori præferri debet, *l.ult.C.de ord.cognit.*

Contrarium videtur, quod ex D.Severo extat in *l.*1. *C. de appellat.* *Prius de poſſeſſione pronunciare, & ita crimen violentiæ excutere Præſes Provinciæ debuit.* Et in *l.ſi quis* 7.*C.ad legem Juliam de vi publica*, ubi Conſtantinus; *Ei, quem conſtiterit expulſum,amiſſæ poſſeſſionis jura reparentur,eademque protinus reſtituta, ſi criminalis quæſtio agitetur, violentus pœnæ non immerito deſtinatus, in totius litis terminum differatur.* In quibus ex duobus judiciis,criminali & civili,ſimul propoſitis, civile judicium violentiæ crimini præfertur.Et ita docent Græci *lib.*60. *Baſilicorum tit.*18.

Magnos fluctus de ea re excitarunt Doctores. Cujacius *loc. cit.* his novis legibus decretum Hadriani ſubverti audacter pronunciavit, & Hotomanus ſecutus eſt. Ita etiam Fornerius 2. *rer. quotid.*20. Contra nihil contrarium haberi,voluerunt Merillus *loc.cit.* & Magnus Interpres Codicis Theodoſiani in *l.*3.*tit.ad legem Juliam de vi publica*,unde in Codicem Juſtinianæum lex Conſtantini translata eſt. Sed inter ſe non concordant.

Si quid mei judicii eſt, putarem civile judicium de proprietate ſeparandum ab eo, quod de poſſeſſione agitatur. Illud poſtponi judicio criminali, ut in reſcripto Hadriani, hoc vero præponi ex Severo & Conſtantino; nam qui fuit a fundo expulſus, in criminali egit ex lege Julia, in civili propoſuit interdictum Unde vi; & hoc ſibi volunt illa: *Prius de poſſeſſione pronunciare*, & *Amiſſæ poſſeſſionis jura reparentur*. Itaque cauſa

Digitized by Google

ſa civilis de poſſeſſione præfertur criminali; cauſa civilis de proprietate non præfertur. Ratio diſcriminis dependet ex eo, quia judicium de poſſeſſione ſummarium eſt, & quam breviſſime debet expediri, *l.æquiſſimum, ff.de uſufr.* Contra, in judicio proprietatis lentus Juris ordo ſervatur.

Non omiſerim, legem Conſtantini in Codice Theodoſiano non agnoſcere verba illa, *Si criminalis quæſtio agitetur*; vel quia temporis injuria exciderunt; vel quia manu Triboniani in Codicem Juſtinianeum inſerta ſunt. Quidquid ſit, illud certum eſt, palam ex his rejici Jacobi Gothofredi ſententiam, dum voluit apud Conſtantinum criminale judicium prius fuiſſe propoſitum & excuſſum, quam civile; vindictam vero publicam in extremam litem rejectam.

Sed de his ſatis. In regula Gratiani habetur, *De re familiari*, ut excipiatur cauſa de moribus, ut idem Imperator tandem monet; nam civilis actio de moribus mota & electa, criminalem adulterii actionem extinguit. Exceptionis ratio eſt, quia judicium hoc civile de moribus ad rem pecuniariam non pertinet, ſed vindictam perſequitur & coercitionem, *l.rei judicatæ* 16. §.1. *ff.ſol. matrim.* Unius vero criminis duæ vindictæ eſſe non poſſunt, Jacobus Gothofredus ad *d. l.un. C.Th. victum civiliter, &c.* Hæc deeſt exceptio in Codice Juſtiniani, quia is actionem de moribus ſubſtulit in *l.un. C.de rei uxor.act.* & *tit.Cod.de repudiis,& judicio de moribus ſublato.*

III. PROPOSITIO.

Actiones ex uno facto concurrentes, ſi omnes rei perſequutoriæ ſint, altera alteram conſumit, niſi plus in poſteriore ſit.

AD hanc regulam referri debet, quod habet Ulpianus in *l. nemo* 43. *ff.de reg.juris*: *Quoties concurrunt plures actiones ejuſdem rei nomine, una quis experiri debet.* Illud, *ejuſdem rei nomine*, non tam demonſtrat cauſam, quam finem; ut ſcilicet ſi eandem rem perſequar una atque altera actione, alterutra contentus ſim oportet, quamvis RæVardus *ibidem* de rei perſecutoria & pœnali acceperit: ne ſcilicet bis idem conſequar. Quare non obſtat quod eſt in *l.& hæc diſtinctio*, §.*cum fundum*, *ff.locati*, ubi ex eodem contractu quis duas actiones ſimul movet, locati, & conducti. Nam non ejuſdem rei nomine utramque infert, ſiquidem in conducti actione pars propria Rei, locati actione pars Actoris propria in judicium venit.

Hac ratione motus Paulus in *l.pro ſocio* 38. §.*fin.ff.pro ſocio* ex Proculo ſcribit, ſi tecum mihi ſocietas ſit, & res ex ſocietate communes, poſ-

ſe me vel pro ſocio, vel communi dividundo agere, & altera actione alteram tolli. Itaque ſi egi pro impenſis conſequendis, quas in eas res feci, vel pro fructibus, quos ex his rebus percepiſti, & partem meam actione pro ſocio obtinui, nihil ſupereſſe quod actione communi dividundo petam; quare ea uti non poſſum, agerem enim ejuſdem rei nomine.

Hæc vera ſunt, cum altera jam mihi plene ſatisfactum eſt; nam ſi mihi aliquid deſit, altera actione non privor; jam enim ejuſdem rei nomine non ſunt. Nam ſi has actiones communi dividundo & pro ſocio conferamus, duo inter eas diſcrimina verſari deprehendemus, ut monet Ulpianus in *l. ſi actum* 43. *ff. pro ſocio*. Alterum, quod in actione communi dividundo corporalium tantum rerum diviſio fit, non nominum, quæ nomina incorporalibus accenſentur: ſecus in actione pro ſocio, ubi etiam nominum ratio habetur. Alterum, quod actio pro ſocio adjudicationem non admittit, cum per eam non diviſio, ſed communicatio fiat, quæ tamen adjudicatio in communi dividundo locum habet, §. 5. *Inſtit. de offic. Jud.* Quid tum? Ex his ſane Ulpianus infert, ſi actum ſit communi dividundo, non tolli actionem pro ſocio: *Verum hoc minus ex ea actione me conſequi, quam ex prima actione conſecutus ſum*. Finge, propoſui actionem communi dividundo, nec plene mihi ſatisfactum eſt, cum bona Rei corporalia ſatis non eſſent; agere rurſus potero actione pro ſocio, ut quod reliquum eſt, mihi ſolvatur in nominibus. Non enim ejuſdem rei nomine ago, bis idem non peto, prædam non ſector.

Et hoc eſt, quod idem Ulpianus tradit in *l. rei communis* 45. *ff. pro ſocio*. Socius rem communem celandi animo contrectavit, ſi ex cauſa furtiva condixero, ceſſat pro ſocio actio, *niſi pluris mea interſit*.

Itaque ſi pluris mea non interſit, ex duabus actionibus rei perſecutoriis electio datur, non cumulatio. Negotiatus ſum cum ſervo tuo, qui peculium & mercem peculiarem habet; eligere debeo, qua actione tecum experiri velim, utrum de peculio, an tributoria, cum regreſſus ad aliam non detur, *l. quod in herede* §. 1. *ff. de tribut. act.* quia neutra plus altera continet, ſi naturam ipſam inſpicias; quamvis interdum accidat, ut una potius quam altera experiri expediat, Petrus Faber in *d. l. nemo, in fine*.

Damnum in re communi Socius dedit, tenetur lege Aquilia, & actione pro ſocio, altera tantum experiri poſſum, quia utraque actio ad rei perſecutionem pertinet, ut verba ſunt Pauli in *l. ſed actione* 50. *ff. pro ſocio*. At quid eſt, quod ait, legem Aquiliam eſſe rei perſecutoriam? *Pœna* appellatur a Paulo in *l. item Mela* 11. §. *ſed ſi plures*; *Pœnalis* ab Ulpiano in *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem*, *ff. ad legem Aquiliam*. E diverſo inter actiones miſtas computatur a Juſtiniano in §. *ſed & legis Aquiliæ*, *Inſtit. de action.* Dicendum tamen, actionem ex lege Aquilia, licet ſui natura miſta ſit, tamen ſi pretium rei, in qua damnum injuria datum eſt, in diebus 30. proximis, vel in eo anno variatum non ſit, non eſſe, niſi rei perſequutoriam; *l. qui ſervum* 34. *verſ. & hoc in legis*, *ff. de oblig. & act.*

Cur

Cur una actio proponenda eſt ? Id probabili ratione placuit, *ne aliter modus litium multiplicatus, ſummam atque inexplicabilem faciat difficultatem*, ut ſunt verba Pauli in *l.ſingulis 6. ff.de except. rei jud.* Cur ergo plures tribuuntur ? Non ea mente, ut pluribus utamur, *ſed ut laxior agendi facultas ſit*; quæ eſt reſponſio Papiniani in *l.cum filius 78. §.variis. ff.de leg.2.*

Sic ergo pro legato vindicationis prodita eſt condictio, & reivindicatio; ſed ex una ſolum, quæ fuerit electa, legatum petetur. Quod præter rationes generales, nititur peculiari alia, nempe quia legatum unum eſt, & in partes dividi non poteſt, *d.§.variis.*

Non diſſimiliter plures pro dote tribuuntur actiones, una agi poteſt, quia una ſemper dos eſt, *l.ſi proprietati 4. ff.de jure dotium.*

Meminiſſe oportet, duarum actionum, quæ ambæ rei perſecutoriæ ſint, uſum non prohiberi ipſo Jure, ſed officio Judicis. Quod obſervavimus apud Cajum in *l.merces 28. §.culpæ, ff.locati*, ubi arboribus a colono ſuccisis, officio Judicis, qui ex locato judicat, omitti ab actore debet interdictum Quod vi aut clam, quo Prætor rem reſtitui jubet.

De Jure Conſtituti Poſſeſſorii ad *l.quod meo* 18. *ff.eodem*.

INter modos legales transferendi poſſeſſionem vel ille nobiliſſimus, & uſu frequens eſt, qui Conſtitutum vulgo a Doctoribus dicitur, ubi qui poſſidet ſibi, conſtituit ſe alieno nomine poſſidere, veluti ſi dicat, *Tibi poſſideo.* Quod ſi poſſeſſor dixerit, *Cajus poſſidet*, pro falſa potius aſſertione habetur, quam pro voluntate transferendi poſſeſſionem: propterea nihil operatur, argumento ex *l.cum falſa, C.de juris & facti ignor. l.aſſumtio, ff.ad municip.* Bartolus in *l.un. C.de confeſſis*, Baldus *conſ.482. lib.1.*

A Tabellionibus additur inſtrumentis, hoc modo, *Cum conſtituto, &c.* Eique comitem adjungunt clauſulam Precarii. Quod intelligendum eſt non de precario poſſeſſionis, quippe qui precario poſſeſſionem habet, ſibi poſſidet, *l.& habet, §.cum qui, ff.de precario*, & propterea nequit uniri & conjungi cum conſtituto, ubi Conſtitutor alii poſſidet, ſed accipiendum eſt de precario uſus, in quo Rogator poſſidet ei, quem precario rogavit, *l.certe, §.is qui rogavit, ff.cit.tit.*

Verum ſi recte attendamus, nec precarium uſus conjungi poteſt cum conſtituto; nam Conſtitutor uſum non habet, ſed tantum cuſtodiam, veluti Procurator, ut ex noſtro textu patet. Unde conſtitutum, quam precarium, favorabilibus eſt Creditori, in cujus gratiam ſtylus hic Tabellionum introductus eſt. Itaque quoniam clauſulæ iſtæ ſimul ſtare non poſſunt, & una alteram excludit, ideo ex benignitate receptum eſt, ut ſo-

Digitized by Google

lum conſtitutum intelligatur celebratum, Bartolus, Cumanus, Alexander, & alii apud Tiraquellum *de Jure conſtit.limit.*23.Faber 4.*de error.* 10. & in *Cod.hoc tit.def.*7. Scilicet ea ratione, quia quod ex errore fit, nihil Creditori nocet, *l.ſi librarius, ff.de reg.jur.* His poſitis, ad noſtrum textum deveniamus.

Celſus *lib.XXIII.Digeſtorum:Quod meo nomine poſſideo,poſſum & alieno nomine poſſidere:nec enim muto mihi cauſam poſſeſſionis, ſed deſino poſſidere, & alium poſſeſſorem miniſterio meo facio. Nec idem eſt poſſidere, & alieno nomine poſſidere; nam is poſſidet, cujus nomine poſſidetur. Procurator alienæ poſſeſſioni præſtat miniſterium.*

Dividitur textus in partes principales duas. In prima habetur regula, & eſt ſtatim initio. In ſecunda, quæ incipit ibi, *Nec enim,* proponuntur dubia contra regulam,& reſolvuntur. Ceterum ſecunda hæc pars ſubdividitur in tres alias, quot ſcilicet dubia ſunt. I. Eſt in principio, *Nec enim.* II. Ibi, *Nec idem.* III. Ibi, *Procurator.*

Species ita ſe habet. Cajus fundum Tuſculanum pro emtore poſſidens, Titio donavit; & cum fundi poſſeſſio in promtu tradi nequiret, Cajus conſtituit ſe eundem fundum pro Titio poſſidere, his verbis, *Tibi poſſideo.* Quæſitum eſt, utrum Cajus deſierit poſſidere, & Titium poſſeſſorem fecerit? Tria enim ſunt, quæ rem dubiam faciunt.

I. Quia Conſtitutor adhuc corpore poſſeſſioni incumbens, videtur ipſe ſibi poſſeſſionis cauſam mutare, contra quam apud Veteres ſcriptum eſt, *l.*3. *§.illud, ff.eodem, l.ad probationem, C.locati.*

II. Quia duo in ſolidum eandem rem poſſidere videntur, Cajus conſtitutor,& Titius conſtitutarius, quod natura & lege repugnat, *d.l.*3.*§.ex contrario, l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.commodati.*

III. Quia Conſtitutor habetur tanquam procurator.Atqui Procurator in poſſeſſione eſt, *l.generaliter, ff.eodem.* Ergo Conſtitutor ſibi acquirit poſſeſſionem, & non Conſtitutario.

His tamen nihil motus eſt Celſus, qui reſpondet, eum qui ſuo nomine poſſidet, ſi conſtituat alteri poſſidere, utique ipſum deſinere poſſidere, & alterum ſuo miniſterio poſſeſſorem facere. Hi enim ſunt duo termini

Digitized by Google

mini conſtituti poſſeſſorii; prior, ut Conſtitutor deſinat poſſidere: & quidem ſtatim deſinit poſſidere, quia poſſeſſio ſolo animo amitti poteſt, *d.l.3. §.in amittenda* : poſterior ex parte Conſtitutarii, ut ipſe poſſeſſionem acquirat. Quod tamen verum eſt, ſi velit acquirere; ita ut ſi Conſtitutarius vel conſtitutum ignoret, vel ei contradicat, poſſeſſio dicitur vacans: nam ad amittendam poſſeſſionem reſpectu Conſtitutoris, ſatis eſt velle dimittere, etſi non transferatur; & ideo in noſtra *l.quod meo, § ſi furioſo*, idem Celſus ait: *Illud enim ridiculum eſt dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam ſi transferat: imo vult dimittere, quia exiſtimat ſe transferre*. Unde ſi Furioſo rem tradas, ille non acquirit poſſeſſionem, tu deſinis poſſidere, Faber *de error. dec.47. err.5. num.7*.

Nec in contrarium objecta quidquam urgent, quibus ipſe Celſus reſpondet. Ad primum enim negat, Conſtitutorem ſibi cauſam poſſeſſionis mutare; ſed ait, ipſum deſinere poſsidere. Quæ duo longe diſtant; nam regula vetus, quæ vetat, ne quis ſibi cauſam poſſeſsionis mutare queat, intelligenda eſt, cum quis poſſeſsionem retinere vult, ſed ex alia cauſa, quam ipſe ſibi affingit ſolus, puta ut poſſideat pro donato, quod poſsidet pro emtore; ut poſsideat ſuo nomine, quod poſsidet alieno, *l.5. C.eod.* Hoc quidem illicitum eſt; ſed alia cauſa eſt, ubi quis poſſeſsionem dimittit, & ex nova cauſa renanciſcitur; quod non eſt mutare poſſeſsionem, ſed deſinere poſsidere civiliter, & deinde acquirere poſſeſsionem corporalem; quod licitum eſt, ut explicatur in *l.qui bona fide, §.1. ff.eodem*.

Ad ſecundum & tertium negat, Conſtitutorem & Procuratorem poſsidere. Nam diſtinguendum eſt inter poſsidere & eſſe in poſſeſsione, nempe is poſsidet, cujus nomine poſsidetur, ut in noſtro textu; Conſtitutor vero & Procurator, quia rem noſtro nomine detinent, dicuntur eſſe in poſſeſsione, *d.l.generaliter* : quamvis verum ſit, hos eoſdem aliquando dici poſsidere corporaliter, aut naturaliter, ut ſupra explicatum eſt.

Ex hactenus dictis conſtat, conſtitutum fieri non poſſe, niſi ab eo, qui poſsidet; cum per illud poſſeſsio ſit in alterum transferenda, & nihil amplius transferre poſſumus, niſi id quod apud nos eſt, *l.nemo plus, ff.de reg.Juris, l.traditio, ff.de acqu.rer.dom.* Et habetur ex noſtro textu, ibi *Poſſidet*, & ibi, *Deſino poſſidere*; quippe privatio præſupponit habitum, *l.decem, ff.de verb.oblig.* Unde Tutor, Procurator, & ſimiles, conſtitutum facere nequeunt, quia non poſsident. Imo qui non poſsidet, etiamſi conſenſu aut juſſu Poſſeſſoris conſtitutum faciat, poſſeſsionem non transferet, poſt alios Corneus *conſ.5. lib.2. & conſ.183. lib.3.*

Objicitur tamen ex *l.interdum, ff.eodem*, ubi poſſeſſionem, quam non habemus, alii tradere poſſumus, qui textus difficilis viſus eſt. Recte tamen ſolvitur, ſi ex doctrina Cujacii *ibidem* dicemus, id non intelligi abſolute de poſſeſſione, ſed reſpective ad qualitatem tituli, quod ex ſpecie, quam ſubjecit Juriſconſultus, demonſtratur. Ego enim falſo me heredem eſſe putans, pro herede poſſidebam; nam inter titulos poſſidendi

unus

unus eſt, qui dicitur pro herede; & cum nondum res uſucapione mea facta eſſet, veritate comperta, & vero herede cognito, ab ipſo eam rem precario rogo, ut in ejus poſſeſſione ſim. In hac ſpecie ego, qui precario rogo, deſino poſſidere, *l.6.in prin. ff.pro emtore*, & incipit verus heres ex precarii conceſſione eam rem poſſidere pro herede, nam in precario eſt traditio legalis, ut ſupra expoſitum eſt. Sic ego, qui vere poſt malam fidem non poſſidebam pro herede, facio alium verum poſſeſſorem pro herede. Ex quibus apparet, hic non agi de abſoluta poſſeſſione, quæ utique eſt apud me, qui falſo pro herede poſſideo, ut conſtat ex eo, quod uſucapere poſſim, ut in *d.l.interdum* habetur. Quocirca, cum ibidem dicitur, me non habere poſſeſſionem, id intelligendum eſt de poſſeſſione tali, ideſt, pro herede, & talem poſſeſſionem, qualem ego non habeo, facto meo verus heres nanciſcitur.

Ceterum, quamvis Tutor conſtitutum facere nequeat, cum rem Pupilli exempli gratia vendit; tamen ſi venditio ſolemniter facta proponatur, & utile Pupillo ſit, poſſeſſionem intelligi tranſlatam, ne ſcilicet Pupillus ex emto teneatur, contra Juris regulas ex æquitate receptum eſt in foro, conſtitutum valere, Faber in *Cod.hoc tit.def.*17. Id ipſum eſt, ſi fiat a Prælato, & venditio in utilitatem Eccleſiæ tendat, Alex. *conſ.*81. *lib.*3.

De Conſtituto hypothecæ adjecto, & judicio Aſſiſtentiæ.

QUÆSTIO I.

PLura hic in anteceſſum notanda ſunt. I. Quoniam per pignus transfertur rei obligatæ poſſeſſio, quæ per hypothecam non transfertur, *l.cum & ſortis*, §.1. *ff.de pignor. act.* nimirum quia pignus re & traditione contrahitur, *§.creditor*, *Inſtit. quibus modis re contrah. oblig.* Hypotheca vero nuda conventione, *l.contrahitur, ff.de pignor.* Propterea Creditores, quo ſibi cautum fieret, cœperunt ſibi clauſula Conſtituti conſulere; ea enim hypothecæ adjecta, fit ut Creditor ſicuti in pignore, ita in hypothecaria, veram rei hypothecatæ poſſeſſionem nanciſcatur, cujus cuſtos tantummodo Debitor ſit. Præterea cum Creditor pro ea re agit, non de recuperanda poſſeſſione, ſed de retinenda agere videtur.

II. Pactum exequutivum oritur ex clauſula, ut liceat Creditori propria auctoritate ingredi poſſeſſionem rerum ſibi obligatarum; cujus vi ſi Creditor conventionis legem exercens poſſeſſionem hypothecatæ rei ſua auctoritate occupet, non dicitur vim facere, quomodo diceretur, ſi id pactum non interceſſiſſet, *l.pignoris*, *C.de pigner.act.* Civilius tamen faciet, ſi in eam rem Judicis auctoritatem interponat, *l.*3. *C.de pignoribus*;

ne

ne ſcilicet majoris tumultus occaſio detur, *l.non eſt ſingu'is, ff.de reg.juris.* Ideo autem hoc pactum appellatur exequutivum, quia ejus poteſtate fit, ut contra ſolitam juris formam ab exequutione incipi poſſit, cum alioqui ſemper incipiendum ſit ab actione, *l.1.C.de execut.rei judic.l.extat, ff.quod metus cauſa*. Eo pacto ceſſante, ſi Creditor rem hypothecatam invadat, tenetur lege Julia de vi, *l.in poſſeſſionem, C.ad legem Juliam de vi*, renuente ſcilicet, & repugnante Debitore; nam alioqui ſi Creditor clam ſubtrahat pignus, non furari, ſed pignori ſuo incumbere videtur, *l.cum Creditor, ff.de furtis*.

Quæſitum tamen eſt, ſi res pignerata apud extraneum Poſſeſſorem ſit, utrum Creditor eodem Jure poſſit uti? Et negat Martinus, affirmat Accurſius in *d.l.3.* quia verba illa pacti, *Ut liceat rem capere*, in rem concepta ſunt, non in perſonam, argumento ex *l.ſi cum venderet, ff.de pignerat. act.* Confirmatur ex eo, quia pactum, ut liceat manus injicere ſervo, ſi Romæ exempli gratia ſit, vel ancillæ ſi proſtituatur, appoſitum venditioni, exerceri poteſt apud quemcunque poſſeſſorem ſervus vel ancilla ſit, ſcilicet quia pactum in rem eſt, *l.Titius, ff.de ſervis exportandis, l.1. C.ſi mancipium ita vænierit*.

Ceterum manus injectio nihil aliud eſt, quam facultas propria auctoritate capiendi, ut ibidem Duarenus monet. Hoc tamen alii tunc admittunt, cum pactum exequutivum conjunctum eſt clauſulæ conſtituti, Bartolus in *l.creditores num.25. C.de pignoribus*, Baldus in *l.1.C.ſi mancipia ita fuer. alien.* & *conſ.21.* Vide de hac re diſputantem Fabrum *dec.57. err.8. & 9.*

III. Creditor ex conſtituto jam factus poſſeſſor rei hypothecatæ, gaudet beneficio ex *l.ult.C.unde vi*, de quo ſupra actum eſt. Ejus autem maxima utilitas eſt: nam Creditori ex hypothecaria agenti contra tertium poſſeſſorem, duplex potiſſimum exceptio nocere ſolet; una non factæ excuſſionis, ſi modo tertius ille poſſeſſor titulum habeat, & bonam fidem, *auth.hoc ſi debitor, C.de pignoribus*; altera præſcriptionis, ſi tertius ille poſſeſſor rem obligatam poſſederit æque cum titulo & bona fide per decennium inter præſentes, aut per vicennium inter abſentes, *l.1. & 2. C.ſi adverſus Creditorem*. Utriuſque exceptionis incommodum Creditor cum conſtituto effugit, ſi pro hypothecaria eligat condictionem ex *d.l.ult.* agens non de poſſeſſione acquirenda, ſed retinenda. Excuſſionis quidem, quia hæc exceptio tribuitur poſſeſſori contra non poſſidentem, quod non eſt in ſpecie noſtra, ubi Creditor ſe poſſidere dicit. Præſcriptionis vero, quia condictio ex lege perpetua eſt, exemplo ceterarum actionum perſonalium, & in trigeſimum uſque annum extenditur, *l.hereditas, C.de petit. heredit. l.ſicut, C.de præſcript.30. annor.* Ita de communi Afflictus *dec.139.* quamvis repugnet Faber *dec.57. err.4.* Ceterum beneficium *d.l.ult.* cenſetur imploratum ex clauſula libello adjecta, *Iſto, & omni meliori modo*, Theſaurus *dec.215. num.6.*

Ex

omnia; tamen negant, id exigi in Aſſiſtentia, in qua agitur tantum modo de retinenda poſſeſſione: & proinde ſatis eſt Debitoris poſſeſſionem docere. Et quamvis alterius damnum adeſſe videatur; id tamen reparabitur ex regreſsu, ſeu evictione, quæ ipſi reliqua eſt contra eum, a quo cauſam habuit.

Non acquieſcit huic rationi Rovitus *loc.cit.* ſed replicat, nullum hic eſse locum remedio poſſeſſorio, quia interdictum Salvianum ſolum contra Debitorem competit, *l.1. C.de precario, & Salviano*. Præterea remedium Juſtiniani in *l.ult. C. eod.* datur quidem contra tertium, ſed quando ex culpa vel dolo Cuſtodis poſſidet. Supereſt ergo, ut agatur tantum vi actionis hypothecariæ, ſeu Servianæ, quæ judicium petitorium conſtituit, & in quo dominii probatio exigitur, *d.l.ante omnia*. Quam rationem Rovitus irrefragabilem putat.

Reſponderi tamen poteſt, Aſſiſtentiam, quæ impartitur contra extraneum rerum poſſeſſorem, non oriri ex ſimplici hypotheca cum poteſtate capiendi ſua auctoritate, ſed ex Conſtituto, ut ex *d.l.ult. C.eodem*, ut ſupra eſt explicatum. Et quamvis remedium *d.l.* non impertiatur ex Juſtiniano, niſi quoties extraneus habet cauſam a Cuſtode, qui deſidia vel dolo poſſeſſionem perdidit; tamen ex Rege Ferdinando id videtur productum, etiam ubi extraneus a Debitore cauſam non habet, ut ex *Pragmaticæ* tenore conſtat.

At fortaſſe melius dicetur, Interdictum Salvianum, ſi de utili ſermo ſit, dari etiam contra tertium poſſeſſorem, ex ipſo Salvii Juliani reſponſo in *l.1. in princ.* & *§.1.ff.de Salviano*; quamvis verum ſit, Interdictum directum non dari, niſi contra Debitorem, ut Gloſſa intelligit textum in *d.l.1. C.de precario.* Ita quoque Cujacius *5.obſerv.24.*

Secundo contra agentem Aſſiſtentia, ut diximus, opponi non poſſe excuſſionem Debitoris, ſeu Rei principalis, ſed ipſum poſſeſſorem ſtatim ab initio recte conveniri, *d.Pragm.1. de Aſſiſtentia.*

Verumtamen de Marinis *2.reſol.62.* docet, mortuo Debitore, qui ſua bona ſub prædictis clauſulis obligavit, non poſſe a Creditore Aſſiſtentiæ judicium proponi contra extraneum, non diſcuſſo prius herede Debitoris. Nititur in eo, quod precarium per rogantis mortem extinguitur, *l.cum precario,* & *§.1. ff.de precario.* Id tamen melius probatur ex natura Conſtituti; quippe in Aſſiſtentia magis Conſtitutum, quam Precarium viget. Conſtitutum autem finitur morte conſtituentis, tanquam morte Cuſtodis, Menochius *de recup. rem.14.* Tiraquellus in hoc *tract. ampliat.13.* & *limit.21.*

Tertio in judicio Aſſiſtentiæ peti, vel ut bona hypothecata vendantur ſub haſta, vel ut facta æſtimatione Nobis adjudicentur pro re debita, reſtituta hyperocha Reo convento, juxta tradita in *l.ult. C.de Jure dominii impetrando.*

Inter utrumque illud intereſt, quod ſententia ſi feratur in quantum

ad adjudicationem, utique retardatur, cum de nullitate dicitur; non etiam ſi Reus appellet, *Pragm.2.de appell.* modo Creditor cautionem præſtet, ſe reſtituturum bona adjudicata, ſi ſententia retractetur per Judicem appellationis, de Franchis *dec.136.* Muſcatell. in *praxi gloſ.ult. num.115.* Quamvis autem appellando executio non impediatur in quantum ad ſortem, impeditur tamen in quantum ad id quod intereſt, ſcilicet, ſi in inſtrumento promiſſum non ſit, Rovitus in *pragm.2. num.3.* Quippe ſi id, quod intereſt, in inſtrumento promiſſum eſt, ſententia neque etiam in quantum ad id retardatur. Cenſetur autem promiſſum per conſuetas illas clauſulas, *Ad pœnam dupli, &c. Pro quibus omnibus obſervandis, &c.* de Marinis *1.reſol.76. num.6.& 8.*

Quod ſi ſententia feratur in quantum ad venditionem, per appellationem retardatur exequutio, eo quod *d.pragmatico* ſermonem tantum habet de adjudicatione, de Franchis *dec.120.*

Ceterum poſt adjudicationem non recipitur oblatio debiti a Debitore facta, quia hoc pignus judiciale eſt in cauſam judicati. Secus eſt in pignore conventionali, ubi facta adjudicatione permittitur Debitori luitio intra biennium, *l.ult. §.ſin vero nemo, C.de Jure dom.impetr.* Gloſſa in *l.ult. C.de execut.rei judic.* Ita Rovitus in *d.pragm.1. de Aſſiſtentia.*

Quarto tandem Aſſiſtentiæ beneficium ſpatio 30.annorum præſcribitur, quoniam actio perſonalis eſt ex condictione legis, argumento ex *l.1. C.de condict.ex lege*, & ita apud nos ſervatur, quamvis Curtius junior crediderit decennio præſcribi, late Menochius *de recuper. rem.14.*

An Conſtitutum re abſente factum ſubſiſtat.

Quæstio II.

ETſi vulgo ab omnibus receptum ſit, ad Aſſiſtentiæ judicium inſtituendum ſatis eſſe Conſtitutum in inſtrumento appoſitum, quamvis re abſente factum; cum nunquam deſideratum ſit, ut Actor de rei præſentia doceret: Faber tamen contra omnes reniti non dubitavit, qui magno apparatu *dec.75. err.1. & ſeqq.* contrarium propugnavit, nempe nullam vim Conſtituti eſſe, niſi re præſente fiat, miraturque hanc veritatem ita tot ſeculis latuiſſe, ut nullum ipſa ante ſe auctorem aut aſſertorem invenerit.

Movetur Faber ex pluribus. I. Ratione ex natura Fictionis; nam commune eſt omnibus fictionibus, ut ita demum induci debeant, ſi veritas locum haberi poſſit, quia fictio imitatur naturam: quomodo in adoptione receptum eſt, quod non eſt niſi liberorum, nempe quia ſecundum naturam non eſt, ut quis ſibi procreet fratres, vel parentes; item eorum, qui minores natu ſint, ne filius videatur grandior, quam pater ſit, *§.mi-*

norem,

Digitized by Google

norem, Inſtit. de adopt. Ita ſi quis in judicio interrogatus, reſpondeat filium ſuum eſſe, ita ſe obligat, ſi ætas ejus pateretur, ut filius ipſius eſſe poſsit: quia falſæ confeſſiones natalibus convenire debent, ut ait Paulus in *l.confeſſionibus, ff.de interrogat.action.* Concordat textus in *l.filios, ff. de lib.& poſth.* & *l.ult.C.de ſent.paſſis.* Unde vulgo dicitur, fictionem exigere extrema habilia, & cadere in iis, quæ poſſibilia natura ſunt. Atqui per naturam impoſſibile eſt, ut vere poſſeſſio ſine rei præſentia transferatur, quippe transfertur per traditionem, quæ nihil aliud eſt, quam de manu in manum translatio. Ergo neque etiam ficte per Conſtitutum poteſt rei poſſeſſio transferri, niſi ipſa res præſens ſit; aliter major fictionis poteſtas eſſet in caſu ficto, quam veritatis in caſu vero, quod eſt abſurdum.

II. Per inductionem a ſimilibus, quia in aliis fictæ traditionis ſpeciebus rei præſentia tanquam omnino neceſſaria exigitur, ut conſtat ex traditione clavium, rei demonſtratione, appoſitione cuſtodis, conſignatione, & ſimilibus, de quibus diximus ſupra. Et ratio eſt, quia poſſeſſio non niſi animo & corpore acquiri poteſt, *l.quemadmodum, ff.eodem*. Igitur eodem modo, & eadem de cauſa, præſentia rei omnino neceſſaria eſt, ut per Conſtitutum poſſeſſio, quæ penes me eſt, in te transferatur.

III. Jure ex *l.ejus rei 46. cum ſequ. ff. de reivind.* ubi cum actione in rem petiiſſem a te ſervum, tanquam a poſſeſſore, ob contumaciam juravi in litem, & damnatus es tantum mihi dare, quanti ſervus a me jurejurando æſtimatus eſt. Quæſitum eſt apud Paulum, cujuſnam modo ſervi dominium ſit, Rei an Actoris? Et reſpondet diſtinguendo: aut ſervus præſens eſt, & ſtatim Reo ſeu Poſſeſſori ſervi dominium acquiritur, quaſi Actor tranſegiſſet de lite, contentus Juri ſuo cedere. Aut abſens ſervus eſt, & remanet dominium apud Actorem, quod non adipiſcetur Reus, niſi novam poſſeſſionem nactus ſit ex voluntate Actoris, qui propterea cavere debet, *Quod per ſe non fiat, poſſeſſionem ejus rei non traditum iri*: Ergo ut rei dominium in alium ſine præſentia rei nequit transferri, ita nec poſſeſſio. Neque enim recipienda eſt Accurſii interpretatio, qui rem præſentem accipit non pro ea, quæ ſit in oculis & conſpectu Contrahentium, ſed quæ ſit in poteſtate Rei, quod latini ſermonis ratio non admittit, ut notat Cujacius 4. *obſ.3.*

Nec rurſus recipienda eſt ipſius Cujacii expoſitio, qui ſpeciem textus concipit in eo, qui dolo deſiit poſſidere; nam ita res præſens, & in conſpectu eſſe non poteſt, ut Faber monet *err.4.*

Non eſt tamen recedendum a communi recepta opinione, quæ docet, ſi quis alieno nomine conſtituat ſe poſſidere rem, quam ſuo nomine poſſidet, licet eo tempore preſens res non ſit, ſtatim tamen eo conſtituto poſſeſſionem in Conſtitutarium transferri, Doctores cum Tiraquello *de jure conſtit.poſſeſſ. par.2. ampl.3.*

Conſtat id ex *l.quædam mulier 77. ff.de reivind.* Species eſt: "quædam

 dam

dam mulier alteri per epiſtolam fundum donavit, & eundem fundum ab eo conduxit. Quæſitum eſt ab Ulpiano, an dominium fundi Donatario quæſitum ſit, ut eum vindicare poſſit. Ratio dubitandi erat, quia temporibus Ulpiani donatio non nudo conſenſu fiebat, ſed aut ſtipulatione, aut traditione, *l.Papinianus, ff.de donat.int.vir.& uxor.* aut etiam mancipatione, quæ deinde ſublata eſt in *l.ult. C. de donat.* Cum ergo in ea epiſtola nihil ex his intervenerit, dubitari de validitate donationis,& proinde de translatione dominii poterat. Reſpondet tamen Ulpianus in prima parte textus, acquiſitum eſſe dominium Donatario, ea nempe ratione, quia Mulier a Donatario eundem fundum conduxerat; quæ conductio inducit ſpeciem traditionis fictæ legalis, quia nemo fundum ſuum conducit; ut eam quoque inducit exceptio uſusfructus, quia nemo in re ſua uſumfructum habet, *l.quiſquis rem, C.de donat.* Quocirca Mulier donando fundum per epiſtolam, & eundem a Donatario conducendo, videtur ejuſdem dominium in Donatarium tranſtuliſſe. Facta eſt ergo donatio per traditionem, licet fictam, & proinde Donatario non eſt neganda reivindicatio. Et hic eſt ſenſus verborum Ulpiani, ibi: *Poteſt defendi, in rem ei competere actionem, quaſi per ipſam (Mulierem) acquiſiverit poſſeſſionem, veluti per colonum.* Hic nullam fundi præſentiam exigit Ulpianus, ut Mulier, quæ ſuo nomine poſſidebat, conſtituatur alieno nomine poſſidere: quare ea præſentia neceſſaria non eſt.

Diſſimulat hoc argumentum, quod firmiſſimum eſt, Faber *err.10.* & ut videatur aliquid reponere, confugit ad poſteriorem textus partem in qua Ulpianus habet: *Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuiſſet, cum epiſtola ei mitteretur, quæ res ſufficiebat ad traditam poſſeſſionem, licet conductio non interveniſſet.* Quæ verba docent, donationem factam præſente fundo, id eſt, ipſa Muliere in fundo manente, ut explicat Faber: vel potius Donatario, ut alii magis communiter poſt Accurſium. Sed non vidit Faber, Ulpianum in eo textu duplici uti argumento ad probandam dominii translationem in Donatarium, quæ argumenta disjunctive concepta ſunt,non conjunctive,ut conſtat ex illis verbis: *Licet conductio non intervenerit.* In priori argumento nihil penſi habet Ulpianus fundi præſentiam,ſed ſolum nititur in eo,quod Mulier donavit fundum,ſimulque conduxit: in poſteriori tantum confugit ad fundi præſentiam, & ait hanc ſatis fuiſſe ad translationem dominii, licet conductio non interveniſſet. Igitur alterutrum ſatis eſt;vel conductio ſine fundi præſentia, vel præſentia fundi ſine conductione, ut facile conſideranti patet.

Nec ſuprapoſita Fabri argumenta quidquam remorantur. Nam quod attinet ad primum,tametſi concedamus,fictionem ſemper imitari naturam, ſemperque extrema habilia exigere, tamen nihil eſt neceſſe extrema hæc eſſe ſecundum veritatem, cum ſufficiat, ſi ficte a lege præſtruantur ad effectum conſequendum. Exemplis res clara fiet; nam poteſt quis filium adoptare, licet uxorem non habeat, *l.& qui uxores, ff. de adopt.* quod Ac-

Accurſius in *§.licet, Inſtit.cit.tit.* contra naturam eſſe dixit, ſcilicet, quia non attendit, legem antecedenter fingere, adoptantem uxore non carere, ex qua matre is filius natus cenſeatur. Eodem modo qui filium non habet, alium in nepotem adoptare poteſt, *d.§.licet*, & *l.adoptare, ff.cit.tit.* quia Jus operativum filium fingit, ex quo is nepos natus ſit. His ita poſitis, facile eſt intelligere, quod Fabro reſpondendum ſit; nam cum ait fictam traditionem, quæ eſt in Conſtituto, non poſſe locum habere ſine rei præſentia, dicimus id quidem verum eſſe, ſed non requiri, ut rei præſentia vera ſit, ſicuti nec in adoptione filii requiritur, ut vera adſit uxor, nec in adoptione nepotis, ut verus adſit filius; ſatis enim eſt ficta a lege uxor, fictus a lege filius. Quare in ſpecie noſtra ſatis quoque erit ficta a lege rei præſentia, quæ ut natura in neceſſariis non deficit, & omnia ea præſupponit, quæ ad effectum conſequendum exiguntur. Itaque non major eſt fictionis, quam veritatis poteſtas, ſed æqualis.

Nec majorem vim habet alterum Fabri argumentum ex inductione ſimilium; fatemur enim a lege aliquando in fictis traditionibus veram rei præſentiam exigi; at negamus id ſemper verum eſſe: nam, ut loquamur tantum de traditione legali, in quo genere eſt Conſtitutum, utique ſatiſdatio, quæ præſtatur ab eo, cui novum opus nunciatum eſt, rei præſentiam non exigit, *l.ſi alius fecerit, § ait Julianus, ff.quod vi aut clam*: ita nec exceptio uſusfructus donationi, doti, aut venditioni adjecta, *l.quiſquis rem, C. de donat.* ita nec precarium, aut conductio, *l.ſi aliquam, ff.eod.* Et de Jure Canonico Corona memorialis rem præſentem non requirebat, de qua ſupra fuit dictum. Unde Fabri argumentum ruit; nam inductio, niſi ex ſingulis fiat, non concludit. Itaque iterum dicimus, in traditionibus fictis ſatis eſſe fictam rei præſentiam ex poteſtate legis, nec veram niſi in ſpecialibus quibuſdam caſibus exigi: & hoc abunde eſſe, ut poſſeſſio corpore & animo dicatur quæſita.

Ultimum Fabri argumentum difficilius videtur, quod fit ex *l. ejus rei, cum ſiqu. ff. de reivind.* Nam ſtatim initio in difficili eſt ſpeciem ejus legis concipere, quam nemo hactenus aſſequutus eſt. Vulgo Doctores, & Faber *err.4.* de Poſſeſſore, qui a Domino conventus, cum ſuccubuiſſet, noluit parere, & rem reſtituere; quare ob contumaciam Rei, Actor juravit in litem, & damnatus eſt Reus tanti ſolvere, quanti juratum fuit. Quam interpretationem recte Cujacius *4.obſ.3* rejcit ex Ulpiano in *l.qui reſtituere, ff.de reivind. Qui reſtituere*, inquit, *juſſus Judici non paret, contendens non poſſe reſtituere, ſiquidem habet rem, manu militari officio Judicis ab eo poſſeſſio transfertur: ſi vero non poteſt reſtituere, quia dolo fecit, quo minus poſſit, quaſi Adverſarius in litem ſine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus eſt.* Quocirca Cujacius ipſe ſpeciem ponit non in poſſeſſore, ſed in eo, qui dolo deſiit poſſidere, atque adeo tanti fuit damnatus, quanti Actor in litem juraverat. Hæc interpretatio non ſine ratione diſplicet Fabro, quia aperte repugnat ipſi Paulo in *d.l.ejus*

Digitized by Google

rei, ibi: *Dominium ſtatim ad Poſſeſſorem pertinet*. Quidquid igitur dicas, ſemper alterutrum fiet; aut enim ſpeciem ponis in Poſſeſſore, & repugnabis Ulpiano, qui a Poſſeſſore contumace rem extorqueri a Judice manu militari ait, non etiam contra eum jusjurandum in litem dari: aut ponis in eo, qui dolo deſiit poſſidere, & repugnabis Paulo, qui Reum conventum rei poſſeſſorem facit.

Ut ergo has tricas evadamus, alia omnino via ineunda eſt, quam aperit Juſtinianus in §.1. *Inſtit. de offic. Jud.* ubi docet, jusjurandum in litem aliquando dari etiam contra Poſſeſſorem, ſi ſcilicet neget Poſſeſſor in præſenti ſe reſtituere poſſe, & ſine fruſtratione temporis dilationem ad reſtituendum petat: eo caſu, ait Imperator, indulgendum ei eſſe, cum eo tamen, ut de litis æſtimatione caveat cum fidejuſſore, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituerit. Hic Reus utique poſſeſſor eſt, nec tamen ei manu militari res, quam reſtituere juſſus eſt, a Judice extorquetur; quia non ob contumaciam negat reſtituere, ſed ob juſtam cauſam tempus ad reſtituendum petit, veluti quia tempore, quo juſſus eſt, res longe abeſt. Tamen ſi intra tempus ei a Judice conceſſum non reſtituit, datur in eum jusjurandum in litem; nempe quia in dilatione obtinenda, de litis æſtimatione caverat, licet adhuc ipſe rem poſſideret, nec eam dolo deſierit poſſidere. Ita ergo ponenda eſt ſpecies textus in *d. l. ejus rei, cum ſequ.* Quærit modo Paulus, cujus ſit poſt jusjurandum in litem rei petitæ dominium. Et ait, dominium intelligi translatum in Reum, ſi res præſens ſit. Colligit inde Faber: Ergo idem in poſſeſſione dicendum, eam non intelligi translatam, niſi ficta traditio re præſenti fiat.

Sed non vidit Faber, inter dominium & poſſeſſionem longe diſparem eſſe rationem, nec recte hic ab eo, quod dicitur de dominio, argumentum poſſe duci ad cauſam poſſeſſionis; quamvis enim verum ſit, ad translationem dominii veram rei præſentiam exigi, non tamen id ipſum eſt ad translationem poſſeſſionis. Ratio diſparitatis eſt quia ad amittendum dominium non eſt ſatis voluntas, nec res deſinit eſſe mea, quam dixi me nolle eſſe meam, nec quam pepigi ne eſſet mea, ſed tua: quippe præter voluntatem facto opus eſt, *l. ſi quis vi, §. differentia, ff. eodem*, & diximus ſupra in *§. nihil commune, par. 1.* Cum ergo in ſpecie Pauli nullum intercedat Actoris factum, propterea non eſt ſatis æſtimatio litis a Judice decreta, ut dominium dicatur ab Actore translatum in Reum: quare eſt neceſſaria rei præſentia, ut ita aliquid factum ſaltem negativum interceſſiſſe dicatur; id eſt, ut Actor rem præſentem videat, nec petat, & permittat Reum eam ſibi habere. Non ita hæc ſe habent in poſſeſſione, quæ ſolo animo, ſine ullo facto, poteſt amitti, *d. §. differentia*. Quare nil mirum, ſi in poſſeſſione per fictionis modum transferenda, vera rei præſentia non exigitur.

An

Digitized by Google

An Conſtitutum in bonis futuris ſubſiſtat.

Q u æ s t i o III.

COmmunis ſententia poſt Jacobum Butrigarium docet, eum qui omnia ſua bona præſentia & futura conſtituit ſe alieno nomine poſſidere, poſſeſſurumque, ſtatim quidem præſentium poſſeſſionem in alium transferre, futurorum vero tunc, cum quæſita erunt. Sequitur Bartolus in *l.ult. C.quæ res pignori*, & *conſ.76.* Et in Sacro Conſilio deciſum eſt, Creditori, cui Debitor omnia ſua bona etiam futura hypothecavit, cum clauſula Conſtituti, & poteſtate capiendi, concedendam eſſe aſſiſtentiam in bonis etiam, quæ Debitor poſt conſtitutum celebratum acquiſivit, ut refert Afflictus *dec.37.& 335.*

Probant id ex pluribus. I. Quia hypotheca in bonis quoque, quæ Debitor eſt ſubſequenti tempore quæſiturus, recte celebratur, etſi Debitor expreſſe de futuris mentionem non habeat, ſed ſimpliciter dicat, ſe res ſuas ſupponere, *l.ult.C.quæ res pignori.* Ergo eodem modo in rebus futuris Conſtitutum recte poteſt iniri, cum nulla diſparitatis ratio adſit.

II. Ex Pomponio in *l.quamvis, ff. de precario*, ubi quamvis ancilla precario rogata ſit, tamen & id, quod ex ea natum eſt, in eadem cauſa habetur. Et quod ad præſentem rem attinet, nihil a Precario Conſtitutum diſtat.

Renititur tamen huic opinioni poſt alios Baldus in *cap.cum veniſſet, de reſtit. ſpoliat.* & Faber *dec.4. err.8.* Sed aliis atque aliis rationibus utuntur.

Quippe Baldus utitur textu in *l.1. & 2. ff.pro ſocio*, ubi inita omnium bonorum ſocietate, quamvis hæc ad futura etiam ſe extendat, tamen ficta traditio, qua bona communicantur, non intelligitur interveniſſe, niſi in bonis præſentibus, ut patet ex illis verbis: *Omnes res, quæ coeuntium ſunt, continuo communicantur. Sunt*, inquit, non etiam quæ futuræ ſunt. In rebus itaque præſentibus Conſtitutum fit; quia Socius ea, quæ ſuo nomine poſſidet, ex tacito conſtituto, communi nomine incipit poſſidere: unde inter ipſos communicatur poſſeſſio, & per conſequens dominium, ut Accurſius notat. Nihil autem hic intereſt, utrum conſtitutum tacitum communionis gratia hic ſit, ex poteſtate legis, an expreſſum cauſa abdicationis ex facto Contrahentis. Quocirca ſicut illud in bona futura locum non habet, ita neque iſtud. Quod autem bona futura inter Socios non communicentur, patet clarius ex *l.ſi quis ſocietatem, ff.cit. tit.* ubi Socius rem, quam emit, ſuam facit, non communem, judicio tamen ſocietatis eam communicare cogitur.

Aliam viam ingreſſus eſt Faber, qui hujus diſputationis rationem in-

inveſtigare conatus eſt. Quoniam enim ea Conſtituti vis ac poteſtas eſt; ut ſtatim poſſeſſionem a Conſtituente transferat in Conſtitutarium; ideo ſi in rebus futuris locum poſſet habere, utique conſequens eſſet, ut quo inſtanti quis rei poſſeſſionem nanciſcitur, eodem in alium transferret, ſine ulla temporis intercapedine. Quod natura repugnat, cum eodem inſtanti poſſeſſio mea & non mea eſſe non poſſit, ſeu eodem momento acquiri & amitti; quia acquiſitio & amiſſio poſſeſſionis res facti ſunt, & certum inter ſe ordinem habent, nec ſimul per rerum naturam eſſe poſſunt. Quæ repugnantia in Conſtituto rerum præſentium non eſt, nam transfero in alium poſſeſſionem, quam jam antea habebam.

Nec contraria obſtant; nam quod ad primum attinet, longe diſpar eſt ratio inter hypothecam & conſtitutum. Nam dominium, & pignoris obligatio res Juris ſunt, plurimumque in ipſis Juris poteſtas valet. Et Jus in eodem inſtanti utrumque commode operatur. Non ita eſt in acquirenda & transferenda poſſeſſione, quæ tota ex facto eſt: quæ autem facti ſunt, & certum inter ſe ordinem habent, temporis momento expediri non poſſunt. Natura enim, quæ in rebus facti valet, niſi in tempore non agit.

Ad alterum argumentum, negamus ancillæ partum intelligi precario conceſſum, ut recte ibi Accurſius ait: neque hæc Pomponius habet, ſolum dicit, partum in cauſa precarii eſſe. Quod non eſt novum in Jure noſtro; nam ſi ſervum tibi commodem, utique veſtis, qua veſtitus eſt, non intelligitur tibi commodata, ſed tantum in cauſa commodati cadit, id eſt, hujus quoque cuſtodia ad te pertinet: quare furti actionem etiam pro veſte habebis, *l.cum qui emit*, *§.non ſolum*, *ff.de furtis*, ubi idipſum eſſe dicitur in ancilla, & in eo, quod ex ipſa natum eſt. Ideo autem partus in cauſa precarii aut commodati cadet, quia acceſſorium eſt ad ancillam, ut veſtis eſt acceſſorium ad ſervum. Quorum nihil eſt in ſpecie noſtra, ubi res omnes principales ſunt tam præſentes, quam futuræ, nec iſtæ illis accedunt.

Inſtabis ex *l.qui abſenti*, *§.1.ff.eodem*, ubi a Juliano comparatur poſſeſſio & proprietas in hoc, quod utraque ſub conditione tradi poteſt, dicendo, cedo fundum, & do poſſeſſionem fundi, ſi meus fundus erit; exiſtente enim conditione, fundus aut poſſeſſio accipientis fiunt. Atqui Conſtitutum de rebus futuris eodem modo videtur interpretandum, tanquam ſi conſtituam me nomine tuo poſſidere, ſi res meæ erunt.

Hæc difficultas in ſpeciem difficilis eſt, nec ab ea Faber ſe extricare potuit. Longe tamen unus caſus ab altero abit. Sermonem quippe Julianus habet, cum trado tibi fundum alienum, & poſſeſſionem cedo, ſi fundus meus erit; tunc enim exiſtente conditione, ideo poſſeſſio fit tua, quia plura & contraria facta non concurrunt in eodem inſtanti; ſicut enim lex hoc caſu, cum conditio exiſtit, utitur traditione antecedenter facta, ita quoque ea poſſeſſione utitur, quæ tempore traditionis in cedente erat,

quæ-

quæque in accipientem tranſiit: quia licet fuerit naturalis, ſolo tamen animo tranſit in civilem, accedente ſcilicet animo Domini. Itaque facta antecedunt conditionem, qua exiſtente ſolum Jus operatur. Non ita ſe res habet in ſpecie noſtra; nam quo tempore conſtitutum inibant Contrahentes, nulla poſſeſſio penes Conſtituentem erat, nulla traditio neque vera neque ficta interceſſit. Omnia ergo facta rejiciuntur in tempus tacitæ conditionis, quæ in Conſtituto ineſt, nempe ſi res meæ fient. Quare in eodem momento poſſeſſio facto acquiretur, & amittetur, quod natura repugnat.

Quibus modis Conſtitutum, & Precarium finitur.

QUÆSTIO ULTIMA.

HOc pluribus modis accidit: de omnibus videamus. Ita primo eſt Solutio; quod tamen in Conſtituto falſum eſt. Ponamus enim Conſtitutum adjectum hypothecæ, ut cautius ſit Creditori, ſoluta pecunia a Debitore, evaneſcit quidem hypotheca, cum ſolutio ſit inter modos liberandi pignora; *l.1. in princ. ff. quibus modis pignus vel hypotheca ſolvitur*; at remanet Conſtitutum, quia obligatio non eſt, ſed facto conſtat, & nonniſi traditione ficta vel vera in alium transfertur, id eſt, in Debitorem, qui ſolvit: ſicuti enim poſſeſſio pignoris, quæ vera traditione translata eſt in Creditorem, ſolutione non ceſſat, niſi reſtituto pignore, *l. Debitor, §. ult. ff. de pignor. act.* ita nec poſſeſſio hypothecatæ rei, quæ per fictam traditionem Conſtituti eſt penes Creditorem; non enim ſolutio eſt inter modos fictæ traditionis. Opus eſt igitur novo Conſtituto.

Si de precario hypothecæ adjecto ſermo ſit, verum eſt ex *l. ſi Debitor, ff. de precario*, ubi ſi Debitor rem pigneratam precario rogavit, ſoluta pecunia precarium ſolvitur. Ratio hujus ſingularitatis eſt, quia Interdictum de precario naturali & ſumma æquitate nititur, *l. 2. l. & habet 15. ff. cit. tit.* Quæ æquitas Juris rigorem, ſive ſubtilem Juris rationem, refugit, & non patitur, ut precarium hypothecæ adjectum in gratiam Creditoris, perduret, ubi quis per ſolutionem ſibi factam Creditor eſſe deſiit: quare reſoluta hypotheca, ſtatutum eſt precarium reſolvi.

Obſtare tamen videtur *l. ſi rem alienam, ff. de pigneratitia actione*, ubi reſoluto pignore precarium manet; nam ſi rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, & precario rogaveris, deinde me Dominus heredem inſtituerit, deſinet pignus eſſe, & ſola precarii rogatio ſupererit. Sed dicimus, hic æquitatis rationem ceſſare; quia pignus reſolvitur, non quia Creditori, in cujus gratiam & pignus & precarium factum eſt, pecunia a Debitore ſoluta ſit, ſed quia ex inſtitutione factus

Digitized by Google

Contradicit tamen Ulpianus in *l.quæſitum §.ult. ff.de precario*, illis verbis: *Hoc interdicto ejus heres, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipſe*. Ita & contradicit Diocletianus in *l.2. C.de precario*, ubi habitantis precario heredes interdicto de precario teneutur.

Omiſſis ſolutionibus Accurſii & Cujacii ad Papinianum in *d. l.cum heres*, placet quod a Fabro traditum eſt *dec.76. err.9.* nempe tunc heredem Rogantis teneri de precario, quoties precariam Defuncti poſſeſſionem retinet ſciente tacite eo,qui conceſſerat; quo caſu durat precarium, non quaſi a Defuncto tranſierit in heredem, cum defuncto, non heredi conceſſa poſſeſſio ſit, *d.l.12. §.1.* ſed quaſi ex novo & tacito precario, argumento ex *l.4. §.ult. ff.de precario*, ubi Dominus, cum patitur eum, qui precario ad tempus rogavit, poſt tempus poſſidere, videtur rurſus precario concedere.

Ita quoque Conſtitutum finitur per mortem Conſtituentis, quia Conſtituens cuſtos eſt, & cuſtodiæ munus morte finitur, ut eſt communis opinio apud Menochium *de recup. rem.14.* & Tiraquellum in hoc *tract. ampliat.13.* & *limit.21.* Ex quibus comprobatur opinio de Marinis *2. reſol.62.* cum docet, judicium Aſſiſtentiæ non recte proponi contra tertium poſſeſſorem, non diſcuſſo prius herede debitoris jam defuncti; nempe quia non modo Precarium morte Rogantis, ſed & Conſtitutum morte Conſtituentis finitur.

Quarto Præſcriptione. Et docent Doctores, Conſtitutarium, ſi per longum tempus, id eſt, decennii inter præſentes, & vicennii inter abſentes, negligat ſuo corpore poſſeſſionem ingredi, amittere poſſeſſionem civilem, quam animo retinebat; per negligentiam enim tanti temporis videtur deſtitui animo poſſidendi. Præſcribit ergo eam Conſtitutor, Tiraquellus *limit.24.* Faber in *Cod.* hoc *tit. def.10. 22. 27. & 32.*

Hæc tamen recipi minime poſſunt. Nam neque Conſtitutor ipſe unquam poteſt ob malam fidem præſcribere, neque heres ipſius, in quem vitium Defuncti tranſit, nec etiam ſi a ſe uſucapionem & præſcriptionem inchoare velit, ex aperto Papiniani textu in *d.l.cum heres*, *ff. de div. & tempor. præſcr.* Itaque ſolum præſcribere ſingularis Conſtitutoris ſucceſſor poterit, ſi a ſe temporis computationem ordiri velit, *l.an vitium*, *ff.cit.tit.* Et hactenus de his. Nunc illud ſupereſt, ut D. O. M. oremus, quo ſua cœleſti gratia Nobis aſſiſtat, & tandem in æternæ gloriæ poſſeſſionem inducat.

Digitized by Google

Ad *l. ſi is, qui pro emtore XV. ff. de uſurpat. & uſucap. libro XLI. Pandectarum, tit. III.*

IN gratiam eorum, qui pro Republica pugnantes, capi ab hoſtibus, quam turpiter fugere, maluerunt, duo inducta ſunt, Jus poſtliminii, & Fictio legis Corneliæ, quibus captivo, tam ſi in fines ſuos rediiſſet, quam ſi apud hoſtes deceſſiſſet, commodiſſime conſulitur in rebus vel per ſe, vel per ſervum poſſeſſis. Nam utroque caſu ex Juris rigore, quia per captivitatem ſervi efficiuntur, omni ſuo Jure cenſeri deberent privati, *l. itinere, §. fin. ff. de verb. ſign.* qui rigor ob ſummam æquitatem emollitus eſt. Itaque ſi captivus ad ſuos redeat, omnia perinde Jura ei reſtituuntur, ac ſi ſemper in civitate manſiſſet, *l. poſtliminium, l. retro, ff. de captivis, §. ſi ab hoſtibus, Inſtit. Quibus modis Jus patr. poteſt. ſolv.* Idque dicitur Poſtliminium, de quo late Salmaſius ad *Jus Atticum & Romanum cap. 26. & ſeq.* Quod ſi captivus apud hoſtes decedat, fingitur mortuus eodem momento, quo caperetur, ex lege Cornelia, quæ de captivis dicitur ab Antonio Auguſtino; quaſi nunquam captivus in hoſtium poteſtatem perveniſſet, *l. lex Cornelia, ff. de teſtam. l. lex Cornelia, ff. de vulg. & pupill.* Vide Coraſium 7. *miſcell. 16.*

Ceterum poſtliminium de Jure gentium eſt, utpote quod inter Romanos, ac liberos omnes populos, regeſque, moribus ac legibus eſt conſtitutum, ut ait Paulus in *d. l. poſtliminium*. Secus eſt de lege Cornelia, quæ ab antiquiſſimo Jure civili deſcendit; & Marius Salomonius in *l. Gallus, §. quod ſi is, ff. de lib. & poſth.* a Scipionum aliquo, qui ex gente Cornelia erant, primo bello Punico fuiſſe latam putat, cum quindecim Romanorum millia una cum Imperatore Attilio Regulo in Pœnorum poteſtatem venerunt, quorum multi apud hoſtes mortui ſunt. Quocirca fit veriſimile, iſtorum honori & teſtamentis hac lege ſuccurſum fuiſſe, ut quaſi in acie cecidiſſent, ſic fingerentur mortui. Id ipſum docuit Viglius in *§. ult. Inſtit. quibus non eſt permiſſum facere teſtamentum*, & Coraſius *loc. cit.*

Multa tamen occurrunt tam circa poſtliminium, quam circa legem Corneliam, difficultates; quarum ea præcipua eſt, quæ verſatur circa poſſeſſionem, cujus vigore uſucapio perficitur: & de hac difficultate egit Julius Paulus *lib. XV. ad Plautium*, relatus in *d. l. ſi is, qui pro emtore*, quam nos in præſens explicandam ſuſcipimus, non quidem totam, ſed eam tantum partem, quæ difficillima eſt, nempe initium, & *§. quod ſi ſervus*, quibus duabus partibus explicatis, cum Bartolo & Doctoribus hic, de Fictionibus agemus, quæ res in Jure noſtro multis tricis involuta eſt,

& ſub-

Digitized by Google

& ſubtilem materiam Doctores vocant, ut Aquilinus hic *num.* 108. *verſ. ex quibus*.

Verba Pauli ſtatim initio legis hæc ſunt: *Si is, qui pro emtore poſſidebat, ante uſucapionem ab hoſtibus captus ſit, videndum eſt, an heredi ejus procedat uſucapio: nam interrumpitur uſucapio. Et ſi ipſi reverſo non prodeſt, quemadmodum heredi ejus proderit? Sed verum eſt, eum in vita ſua deſiiſſe poſſidere: ideoque nec poſtliminium ei prodeſt, ut videatur uſucepiſſe.*

Itaque Paulus poſt propoſitam ſpeciem tria docet: I. per captivitatem interrumpi poſſeſſionem rerum, quas captus per ſe poſſidebat, hoc eſt corpore & animo ſuo. II. Ipſo apud hoſtes functo, heredi ejus fictionem legis Corneliæ nihil prodeſſe. III. Eidem ad ſuos reverſo non prodeſſe poſtliminium. Ex quibus illud tantum, quod de lege Cornelia dicitur, principale eſt, cetera per occaſionem dicta ſunt. Species ita ſe habet. Quidam rem alienam mobilem pro emto bona fide jam per ſex menſes poſſidebat. Accidit, ut antequam uſucapionem compleret, caperetur ab hoſtibus. Docet Paulus, uſucapionem eſſe interruptam, quia per captivitatem deſiit poſſidere, *l. in bello, §. facti. ff. de captivis*. Deinde eodem poſt ſemiannum apud hoſtes decedente, proprior agnatus hereditatem adiit, qui ex lege Cornelia fingitur hereditatem acquiſiviſſe, non ex die mortis, ſed ex quo defunctus captus eſt, quaſi tunc deceſſiſſet, *l. in omnibus, ff. de captivis.* Cum ergo jam tranſactus ſit annus, quem lex civilis XII. tabularum ad uſucapionem rei mobilis exigebat (hodie eſt triennium ex Juſtiniano in *l. un. C. de uſucap. transfor.* & *Inſtit. de uſucap. in princ.*) quæſitum eſt, an heres iſte dici debeat uſucepiſſe. Et Paulus negat, argumento producto a comparatis, & in ſpecie a majore ad minus; ait enim, ſi captus iſte revertiſſet ad ſuos fines, utique ex Jure poſtliminii ei non prodeſſet uſucapio, *l. cum heredes, §. 1. ff. de acquir. poſſeſſ.* Ergo multo minus, eo apud hoſtes mortuo, heredi ejus uſucapio prodeſſe debet.

Hæc Paulus, qui licet loquatur nominatim de eo, qui pro emtore uſucapiebat, id tamen exempli ſolum cauſa fecit: nam dubitandum non eſt, quin hæc eodem locum habeant in quacunque alia uſucapionis ſpecie; octo enim ſunt, pro emto, pro ſoluto, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro ſuo. Quibus nonnulli adnumerant titulos pro tranſacto, & pro ſocio. Vide textum in *l. cum ex cauſa, C. pro tranſacto*. Itaque recte Tryphoninus generatim de quacunque uſucapione loquitur in *d. l. in bello, §. facti,* de quo textu latius infra.

Sed jam ſigillatim noſtrum textum explicemus. Prima pars eſt. Uſucapio ejus, qui per ſe uſucapiebat, & deinde captus ab hoſtibus eſt, interrumpitur. Ratio eſt, quia in vita ſua deſiit poſſidere, hoc eſt, cum captus eſt. Quæritur tamen hic, cur per captivitatem poſſeſſio interrumpatur ejus, qui per ſe, ſeu corpore & animo ſuo poſſidebat? Ratio peten-

da

da eſt ex Jaboleno in *l.cum heredes, §.1. ff.de acquir.poſſeſſ.* ubi in eo, qui in poteſtate hoſtium eſt, duo diſtinguit, Jura, & Corporalem poſſeſſionem. In quantum ad Jura ait, cum Jure ſingulari, ſive ex privato, Jura retinere; & quoniam inter Jura dominium recenſetur, inde fit ut captus ab hoſtibus dominium rerum ſuarum retineat. Concordat textus in *l.illa inſtitutio, §.1. ff.de hered. inſtit.* & in *l.pen. ff. de ſuis & legit.* Quod ideo ex Jure ſingulari eſſe dicitur, quia captus ab hoſtibus, ſervus hoſtium fit, *l.hoſtes, ff.de captivis.* Et quia ſervus eſt, dominii capax eſſe non poteſt, *l.acquiritur, ff. de acquir.rer.dom.* Quod attinet ad poſſeſſionem, docet eum corporaliter (ut legitur in Pandectis Florentinis) poſſeſſionem amittere, quia videri non poteſt aliquid poſſidere, cum ipſe ab alio poſſideatur; eo modo quo abſurdum eſt, filiumfamilias aliquem in poteſtate habere, cum ipſe ſub patris poteſtate ſit. Unde ſi captus ab hoſtibus ad ſuos fines redit, priſtina Jura retinet ex poſtliminio; at nova poſſeſsione indiget, ut idem Jabolenus ait.

Ex quo textu duo videntur poſſe colligi. Nam primo, ex eo quod Juriſconſultus dicit, captivum corporaliter poſſeſsionem amittere, videtur poſſe concludi, eundem animo poſſeſsionem retinere; nam vera poſſeſsio facto & animo conſiſtit, *l.1. §.Scævola, ff.ſi quis teſt.liber.* Certum eſt autem, poſſeſsionem ſolo animo retineri poſſe, *l.licet, C. de acquir. poſſeſſ.* Idque confirmatur ex eo, quod animus non eſt Facti, ſed Juris, ut patet ex eo, quod quæ poſſeſsio in *d.§.Scævola* dicitur eſſe facti & animi, eadem in *l.poſſeſſio quoque, §.1. ff.de acqu.poſſ.* dicitur Corporis & Juris; ut proinde factum hic idem ſit, quod corpus, animus idem, quod jus. Conſtat autem, captum ab hoſtibus Jura retinere, *d. l.cum heredes §.1.*

His tamen non obſtantibus, dicendum eſt, captum ab hoſtibus ſimul cum corporali poſſeſsione etiam animum amittere, ut manifeſte patet ex eo, quoniam qui animo retinet poſſeſsionem, quam corpore & animo acquiſivit, vere poſsidet, & in conſequentiam uſucapionem perficit, *l.3. §.in amittenda, l.quamvis ſaltus, l.peregre, ff.de acquir.poſſ.* Ideo autem captivum animum amittere putat Jaſon hic, quia iſte corporalem poſſeſsionem ſibi ereptam cum videat, de omnibus deſperans, poſsidendi etiam animum abiicit. Quæ tamen ratio ſatis tuta non eſt, quia capto ſemper ſubeſt ſpes redeundi, quæ ſpes miſeros fere ſemper comitatur, & cum vita diſcedit: unde perbelle Heſiodus ſpem ultimam malorum in imo vaſe Pandoræ reſediſſe fingit.

Verius itaque eſt, quem ſolo animo tunc poſſeſsionem retinere, cum etiam corpore, ſi velit, poſsidere poteſt, *l.peregre in fine cum 2. ll. ſeqq.* Nam qui ſaltus hyberni vel æſtivi poſſeſsionem ſolo animo retinebat, ubi ſcit ab alio occupatos, ſtatim poſſeſsionem amittit; nempe quia corpore amplius poſsidere nequit. Sed captivus corpore, nec etiam ſi maxime velit, poſsidere poteſt: quare nec animo poſsidebit. Quocirca cum Jabolenus

nus ait, captivum corporaliter poſſeſsionem amittere, non inde deducitur animo eam retinere, ſed potius nec animo poſsidere; nempe quia ita amittit, ut eam corpore retinere, nec etiam ſi velit, poſſit. Et hoc eſt corporaliter poſſeſſionem amittere.

Deinde videtur deduci, per captivitatem amitti ea, quæ facti ſunt, nam corporalis poſſeſſio amittitur, quæ facti eſt. Quæ deductio falſa eſt; nam ſi habitatio legetur, morte quidem legatarii intercidit, at non captivitate: cujus rei ratio redditur a Modeſtino in *l.legatum*, *ff. de capite minutis*, his verbis: *Videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure conſiſtit.* Nempe hoc eſt diſcrimen inter legatum uſus ædium, & habitationis, quod illud in Jure conſiſtit, & capitis diminutione perit, iſtud vero in facto, & non niſi vita finitur: ceterum effectu utrumque pœne idem eſt, *l.ſi habitatio*, *ff. de uſu & habitat.* Unde patet ea, quæ ſunt facti, per captivitatem non amitti; quocirca Jabolenus pro reddenda ratione, cur capti poſſeſſio corporalis interrumpatur, non eo confugit, quia ea poſſeſſio facti eſt, ſed alio, nempe quia poſſidere non poteſt, qui ab alio poſſidetur.

Quæri hic ſolet, ſi captus poſtquam in præſidia hoſtium fuit, ſtatim evaſit, an poſſeſſio interrupta cenſenda ſit? Et Aquilius hic *num.29.* affirmat, & quidem recte, ex eo quia ubi ſemel ab alio poſſeſſus fuit, utique poſſeſſionem retinere non potuit. Ergo poſſeſſio interrupta eſt: & proinde ei reverſo nova poſſeſſione opus eſt.

In contraria tamen ſententia ſunt quicunque docent, momentaneam poſſeſſionem ſeu acquiſitionem in Jure noſtro nullius eſſe momenti, hoc eſt, nihil operari, poſt alios Olea *de ceſſion.quæſt.3. art.45.* Moventur ex *l.qui ſic ſolvit, ff.de ſolut.* & ex *l.ſi pro patre, ff.de rem verſo.*

Quæ opinio licet vulgo a Doctoribus recepta, abſurda tamen eſt; neque ex citatis Juribus aliud elicitur, niſi actum, qui nullum effectum producit, pro nullo haberi; nec intereſſe, utrum actus ille diu duret, an momento evaneſcat. Nam in *d.l.qui ſic ſolvit*, debitor exempli gratia ex mutuo, æs alienum ſolvit ſub ea conditione, ut illud iterum reciperet, non liberatur, hoc eſt, prior mutui contractus non diſſolvitur; prorſus ut cum debitor eandem pecuniæ ſummam iterum a creditore accepit, remaneat obligatus ex illo priori contractu, neque novus dicatur celebratus. Hoc ideo, quia actus ille ſolutionis nullum effectum producit, cum pecunia ad ſolventem redeat. Neque ibi ulla momentaneæ poſſeſſionis, ſive acquiſitionis, mentio fit; ſed generatim ſermo habetur de eo, qui ſic ſolvit, ut recipiat; nec additur, utrum ſtatim velit recipere, an multo poſt tempore. Itaque ſecus eſſet, ſi ea ſolutio aliquem effectum produceret, veluti ſi pecunia ad extraneum perveniret juſſu ſolventis; tunc enim extincto mutui contractu, oriretur mandatum, & mandati actio, ut recte notat Baldus in *l.1. C de ſponſalibus.*

Idem omnino habetur ex *d.l.ſi pro patre*, *§.verſum*, ubi verſum ita de-

demum intelligitur, ſi duret verſum; non enim diſtinguitur, utrum verſum duret momento, an diu. Sed ut verſum non dicatur, ſatis eſt, ſi tandem aliquando, priuſquam de in rém verſo actio proponatur, verſum evaneſcat, nec ex eo aliquem pater effectum ſentiat.

Altera pars noſtræ legis eſt, fictionem legis Corneliæ nihil prodeſſe heredi ejus, qui ante completam uſucapionem captus, apud hoſtes defunctus eſt. Id tamen non levem difficultatem habet, quia hereditas jacens perficit uſucapionem cœptam a defuncto, & quidem perficit etiam ante aditam hereditatem, ſi tempus ad uſucapionem præfinitum ante aditionem compleatur, *l.cœptam, ff.eod. l.6. §.ult. ff.pro emtore.* Et ratio eſt, quia poſſeſſio teſtatoris dicitur heredi procedere, ſi hereditas medio tempore a nullo poſſeſſa eſt, *l.poſſeſſio teſtatoris, ff.eod.* Sed captus, qui apud hoſtes moritur, ex lege Cornelia videtur deceſſiſſe ex quo captus eſt, captivitatis memoria deleta, *l.in omnibus, ff.de captivis*: quare medio tempore ejus hereditas a nullo poſſeſſa, & veluti jacens, cenſeri debet, *l.1. §.lex Falcidia, l.filiusfamilias, ff.ad legem Falcidiam, l.in bello, §.1.ff.de captivis*. Ergo recte perficiet uſucapionem a defuncto cœptam. Hac ratione convicti Cujacius hic, Faber in *Jurisprudentia Papin.tit.*11.*princ.*8. *illat.*28. Valentia hic *cap.*11. *num.*10. poſt Hugonem relatum ab Accurſio in *l.in bello §.facti, ff.de captivis*, docere non dubitarunt, fictionem legis Corneliæ heredibus captivi uſucapionem conſervare.

Verum huic ſententiæ refragatur expreſſe Paulus hic in illis verbis: *Et ſi ipſi reverſo non prodeſt, quemadmodum heredi ejus proderit?* Quæ docent, heredibus captivi fictionem legis Corneliæ ad uſucapionem nihil prodeſſe. Propterea alio confugiendum eſt, & dicimus, quæ in hereditate jacente ſtatuta ſunt, ea in lege Cornelia locum non habere; nam Jure ſingulari receptum eſt, ut a poſſeſſione cœpta uſucapio, etiam ſine poſſeſſione, jacente nimirum hereditate, perficiatur, Cujacius *lib.*23. *qq.Papin.*in *l.juſto, §.nondum ff.de acquir.poſſeſſ.* Fab. in *rational.ad l.miles, ff.ex quib. cauſ.major.* Hoc autem Jus ſingulare in eo nititur, quod uſucapio in gratiam Reipublicæ a Jure civili introducta eſt, hoc eſt XII. tabularum, tum ne rerum dominia in incerto eſſent, *Inſtit. de uſucap.in princ. cap.vigilanti*, ubi Gloſſa, *de præſcript.* Tum etiam, ut aliquis ſit litium finis, *l.fin.ff.pro ſuo*, quidquid diſtinguat Accurſius in *l.ult. C.de edicto D.Hadr.* & Gratianus ad *cap.placuit* 16. *qu.*3.

Etſi autem legis Corneliæ fictio in favorem pariter Reipublicæ recepta ſit, ut diximus, non propterea tamen cenſeri unquam potuit, bona captivi apud hoſtes decedentis uſucapionem perficere poſſe. Nempe quia non unam, ſed plures conſequenter fictiones introducere neceſſe fuiſſet; id eſt, primo defunctum apud hoſtes fingi mortuum momento ipſo captivitatis. Secundo, bona ipſius, durante captivitatis tempore, haberi pro hereditate jacente. Tertio, hereditatem jacentem uſucapionem perficere: quod verius privilegium eſt. Hæc multiplicitas fictionum,

a qua

Digitized by Google

a qua lex abhorret, ut infra dicemus, impedimento fuit, ne fictio legis Corneliæ prodeſſet heredi ejus, qui ante completam uſucapionem captus eſt ab hoſtibus, apud quos deceſſit.

Hæc igitur eſt intrinſeca hujus propoſitionis ratio, quamvis in noſtro textu a Paulo expreſſa non ſit, qui eam probare fuit contentus argumento ducto a Jure poſtliminii, & Tryphoninus ex regula, quod facti cauſæ infectæ nulla lege fieri poſſunt, *d.l.in bello, §.facti.*

Unde patet, legem Corneliam unum tantummodo ſingere, captum ab hoſtibus cenſeri mortuum eo momento, quo capiebatur; cujus fictionis præcipuus effectus eſt, ut teſtamentum ante captivitatem conditum non dicatur per capitis diminutionem irritum, *l.lex Cornelia, ff.de vulgari*: ita enim Teſtator videtur mortuus in libertate; ſicut enim quis, dum moritur, vivus eſt, *l.qui duos, §.1. ff.de manum. teſtam.* ita dum quis capitur, liber eſt. Nam falluntur Doctores, dum fingi mortuum docent præambula hora captivitatis, ſcilicet, ut dici poſſit mortuus liber; & non animadvertunt, civem Romanum, dum capitur, liberum eſſe, & liberum fieri ſervum, ut viventes morimur. Propterea Ulpianus in *d.l.in omnibus, ff.de captivis*, ait: *Is, qui reverſus non eſt ab hoſtibus, quaſi tunc deceſſiſſe videtur, cum captus eſt*, Joannes Faber in *§.ult.Inſtit.quib.non eſt permiſ.fac.teſt.* Salomonius in *l.Gallus, §.quod ſi is, ff.de lib.& poſth.* Aquilinus hic *num.*89. Sunt & alii effectus, de quibus in *l.bona*, & paſſim in *ff.de captivis*.

Quod ſi dum quis parum abeſt ab uſucapione complenda, puta decem dies, capiatur ab hoſtibus, volunt ex æquitate rem pro uſucapta haberi. Ita communiter Doctores hic ex Gloſſa in *l.1. §.qui autem, ff.de vi & vi armata*, & Bartolo poſt Dynum in *l.qui fundum, §.qui bona fide, ff.pro emtore.* Et moventur ex *l.rerum miſtura, §.Labeo, ff.eodem*, ubi Jaſon, & Alexander idem tradunt.

Placet tamen contraria Cumani opinio in *d. §.Labeo*, quem ſequitur Aquilinus hic *num.*88. tum quia generatim ſtatutum eſt, in uſucapione poſtremum diem attendi, qui inceptus habetur pro completo, *l.in uſucapionibus cum ſequ. ff. eod.* tum etiam quia iniquiſſimum eſt auferre Domino, quod uſus non abſtulit, ut dicitur in *l.nec utilem, ff. ex quib. cauſ. majores*. *Uſus* pro *Uſucapio* poſitus eſt. Horatius 2. *epiſt.*2.

Quædam, ſi credis Conſultis, mancipat uſus.

Huic etiam noſtræ opinioni favet textus in *d.§.Labeo*, tantum abeſt ut ei contrarius ſit. Ejus verba ſunt: *Labeo* (alii legunt, Jabolenus) *in libris Epiſtolarum ait*: *Si is, cui ad tegularum, vel columnarum, uſucapionem decem dies ſupereſſent, in ædificium eas conjeciſſet, nihilominus eum uſucapturum, ſi ædificium poſſediſſet.* Ex quo Jaſon & Alexander ita argumentantur. Qui univerſas ædes poſſidet, ſingulas res, quæ in

ædificio ſunt, poſſidere non videtur, *l.qui univerſas, ff.de acquir. poſſ.* & tamen uſucepiſſe dicitur, ſi decem dies ad complendam uſucapionem ſuperſint. Quare uſucapio, quæ parum abeſt à fine, pro completa habetur.

Sed pro reſolutione notandum eſt, a Labeone non dici poſſeſſorem tegularum & columnarum intelligi uſucepiſſe, ſi decem dies ſuperſint, ſed uſucapturum, ſi ædificium poſſediſſet. Et hoc ideo, quia licet qui domum poſſidet, ſingulas columnas, aut tegulas, non poſſideat, quæ eſt ratio dubitandi; negari tamen non poteſt, quin generatim ſaltem eas res poſsideat, quæ eſt ratio decidendi, ut colligitur ex *l.nave*, ibi, *ſingula, ff.de eviction.* ubi nave vel domo emta, ſingula cæmenta vel tabulæ emta non intelliguntur. Quocirca qui poſsidet ædes, tanquam ſi columnas & tegulas adhuc poſsideat, eas uſucapiet.

Tertia & ultima pars noſtræ legis eſt, poſſeſsionem poſtliminio non reſtitui, ſed eum, qui redit, nova poſſeſsione indigere. Quocirca qui ante captivitatem equum biennio poſſedit, nihil id ei prodeſt ad uſucapionem triennalem, nam per captivitatem uſurpata ſeu interrupta poſſeſsio fuit: nec interim captivitate manente poſſeſsio proceſsit. Itaque cum revertitur, ex integro equum poſsidere debet per totum triennium, ut uſucapiat, *l.cum heredes, §.1. ff.de acq.poſſ.*

Ceterum in reddenda ratione, cur poſſeſsio poſtliminio non reſtituatur, admodum ſe torquent Doctores apud Alciatum hic. Nos præcipuas recenſebimus.

Prima eſt Bartoli, nempe quia poſſeſsio plurimum facti habet: cauſa vero facti non continetur poſtliminio. Quæ ratio totidem iiſdem verbis expreſſa habetur apud Papinianum in *l.denique, ff. ex quib. cauſ. major.* qui inde etiam probat, uſucapionem captivitate interruptam poſtliminio non reſtitui; ut propterea mirum ſit, hanc rationem nimis dubiam dici ab Aquilino *num.*30.

Secunda eſt Angeli, quia poſtliminio reſtituentur res, quæ extant, non etiam quæ prorſus extinctæ ſunt; aliter enim non vetus res reſtituta, ſed nova data cenſeretur; poſſeſsio autem captivitate omnino extinguitur: quocirca poſtliminio reſtitui non poteſt; nam quod in perpetuum ſublatum eſt, reſtitui non poteſt, *l.qui res, §.aream, ff.de ſolution.* Unde poſtliminium dicitur Jus amiſſæ rei recuperandæ, non etiam rei extinctæ, *l.poſtliminium in princ. ff.de captivis.* Ab hac ratione non abludit ea, quam tradunt Homodeus, Boſutius, & Portius, apud Jaſonem hic *num.*94.

Neque obſtat quod cum aliis objicit Aquilinus *num.*33. nempe quia uſusfructus captivitate amiſſus poſtliminio reſtituitur, *l.ſi ager 26.ff.quib. mod.uſusfr.amitt.* nec tamen uſusfructus idem eſt, ſed diverſus ab eo, qui amiſſus fuit, *l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis ita, ff.de verb.oblig.* Præterea libertas

tas captivitate extinguitur, *l.manumiſſiones,ff.de juſt.& jure*, quæ tamen poſtliminio reſtituitur, *§.ſi ab hoſtibus*, *Inſtit.quib.mod. jus patr. poteſt. ſolv.*

Non obſtant, inquam; quia Jure poſtliminii uſusfructus, libertas, & cetera Jura, non extinguuntur, ut extinguuntur quæ in facto conſiſtunt, ſed in ſuſpenſo manent, *l.illa inſtitutio, §.1.ff.de hered.inſtit.l.pen.ff.de ſuis & legit.l.in bello, §.codicilli, in fine,ff.de captivis*. Ita ergo in *l.bona §.quod ſi filius, ff.de captivis*, & in *d.§.ſi ab hoſtibus*, dicitur, pendere Jus liberorum ob Jus poſtliminii; nam reverſo patre, exiſtimantur nunquam ſuæ poteſtatis fuiſſe: mortuo patre, tunc patresfamilias fuiſſe, cum pater eorum in hoſtium poteſtatem perveniret. Sic ergo libertas ejus, qui captus eſt, in ſuſpenſo dicitur eſſe, quia poſtliminium fingit eum, qui captus eſt, in civitate ſemper fuiſſe, *d.§.ſi ab hoſtibus*. Ita quoque de uſufructu diſcurrendum eſſe, patet ex eo, quia ſi per captivitatem extingueretur, utique conſolidaretur cum proprietate, & proinde reverſo reſtitui non poſſet, contra textum in *d.l.ſi ager 26*. Nam quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro a nobis auferri non poteſt, *l.quod noſtrum,ff.de reg.Juris*. Cum vero in *§.finitur, Inſtit.de uſufr.* dicitur, uſumfructum captivitate finiri, id ita intelligendum eſt, ſi captivus apud hoſtes moriatur; nam ſi redeat, ex poſtliminio non finitur, ſed in ſuſpenſo fuiſſe cenſetur.

Eodem modo explicandus eſt textus in *l.& Attilicinus, ff.de ſervit. ruſtic.præd.* ubi ſi fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, iſque poſt conſtitutum tempus ad ſuas venas redierit, aquæductus amiſſus reſtituitur: nempe interim Jus aquæductus in ſuſpenſo fuiſſe; nam ſi fuiſſet extinctum, reviviſcere non potuiſſet, *d.l.qui res, §.aream*. E contrario, quia remiſsione pignoris extinguitur hypotheca, ideo licet res iterum debitoris fiat, non propterea pignus reviviſcit, *l.ult. C.de remiſſ.pign.*

Tertia eſt Aquilini, qui ait, ſi poſſeſsio captivitate amiſſa poſtliminio reſtitueretur, conſequens fieri, ut qui poſſeſſus fuit non cenſeretur poſſeſſus; quod nec eſſe, nec fingi poteſt; nam facti cauſæ infectæ nulla conſtitutione fieri poſſunt, *d.l.in bello, §.facti, ff.de captivis.*

Ex his intelligere licet, tres eſſe poſtliminii effectus. I. Ut Jura in ſuſpenſo ſint, & non abrumpantur, ut abrumpuntur ea, quæ in facto conſiſtunt, *d.l.illa inſtitutio, §.1.* II. Ut reverſo Jura ea reſtituantur, *d.l.poſtliminium*. III. *Quia poſtliminium fingit eum, qui captus eſt, in civitate ſemper fuiſſe*, ut ſunt verba Juſtiniani in *d.l.ſi ab hoſtibus*.

Unde aperte rejicitur ſententia Aquilini hic a *num.55.* qui putat, omnes & antiquos & recentiores erraſſe, cum poſtliminium fingere docent. Neque moveor, cum ait, hanc fictionem nihil operari, cum ad poſtliminium ſit ſatis Jura in ſuſpenſo eſſe, & reſtitui. Scilicet non vidit, fictionem neceſſariam eſſe ad ea, quæ tempore captivitatis in civitate accidunt; nam niſi fingerentur captivi interim in civitate fuiſſe, utique quæcunque ſervi captivorum vel ſtipulantur vel accipiunt, acquiri Do-

minis non intelligerentur, contra textum in *l.bona, ff.de captivis*. Ita quoque avus poſtliminio reverſus non haberet patriam poteſtatem in nepotem, qui interim natus eſt ex filio concepto ante captivitatem, ſed poſt nato, contra textum in *l.ſi quis prægnante, ff.cit.tit.* ubi propterea dicitur avum omnia Jura nepotis nomine perinde capere, ac ſi is, cum filius naſceretur, in civitate fuiſſet. Stet ergo, quod dicitur Jura in ſuſpenſo eſſe, & reſtitui, pertinere ad Jura, quæ in libertate captus habebat: at quæ in captivitate accidunt, tribui captivo, quia ex poſtliminio fingitur ſemper civem Romanum fuiſſe; quamvis ſecus ſit de rebus, quæ ipſe captus in ſervitute fecit; non enim valet teſtamentum apud hoſtes conditum, quamvis captus redierit, *l.ejus qui, in princ. ff.de teſtam.* His recte perpenſis, corruunt omnia; quæ in contrarium Aquilinus molitur, quæ ob nimiam ſubtilitatem ſponte diſſiliunt.

Ex hactenus diſputatis ſatis inclareſcit intellectus noſtræ legis, *in princ.* ubi ſermo eſt de eo, qui ubi per ſe, hoc eſt, corpore & animo ſuo, uſucapionem cœpit, ab hoſtibus captus eſt. Cui proximum eſt, ut quæramus.

An uſucapio cœpta per Servum abrumpatur, Domino ab hoſtibus capto.

QUÆSTIO UNICA.

POne, Stichus ſervus Titii equum a non Domino bona fide emit, eumque ſeſquianno poſſedit. Tum Titius in manus hoſtium incidit: dubitatur, an Domino in captivitate manente, ſi Stichus altero ſeſquianno equum poſſidere pergat, dicatur equum uſucepiſſe, an potius per captivitatem Domini ſtatim uſucapio interrupta ſit.

Et duos hic caſus Doctores diſtinguunt. Prior eſt, cum Servus adminiſtrando peculium ſibi a Domino conceſſum, equum ex cauſa ſeu nomine peculiari emit. Et communis opinio eſt, uſucapionem non abrumpi, Bartolus, Jaſon, Imola, Alciatus, & alii hic. Quod probatur, I. ex eo, quia res, quas Servus peculiariter comparat, videtur Dominus etiam ignorans eas & animo & corpore Servi poſſidere, *l.3. §.ſaltus, ff.de acqu.poſſ.* ut in titulo antecedenti diſputatum eſt. Imo Servus Domino ignorante poſſidendo uſucapit, *l.Labeo, ff.eodem*; ejuſque Servi bona vel mala fides attenditur, *l.2. §.Celſus, §.Pomponius, ff.pro emtore*. Eſt ergo in Servo ea poſſeſſio, quæ ad uſucapionem exigitur, animo ſcilicet & corpore: proinde nihil ei ad complendam uſucapionem obſtare poteſt captivitas Domini.

II. Quia ſi Servus ex cauſa peculiari poſſidere incipit, cum apud hoſtes Dominus eſt, nihilominus uſucapionem inchoat, & inchoatam perficit;

ficit; nec enim, inquit Papinianus, impedimento Domini captivitas eſt, cujus ſcientia non eſſet in civitate neceſſaria, *l.juſto, §.fin. ff.eodem.* Ergo multo magis perficiet uſucapionem inchoatam, cum Dominus in civitate erat, licet deinde apud hoſtes ſit. Nam cum tempore captivitatis Servus inchoat uſucapionem, id etiam attenta poteſtate refertur ad id tempus, quo Dominus in civitate erat, nempe cum in traditione peculii animum dediſſe intelligitur, ex *l.1. §.item acquirimus, ff.de acquir. poſſ.ſ.*

Obſtat tamen Paulus in *d.l.Labeo, ff.eodem*, ubi de cauſa peculiari ſermonem habens, ait: *Sed eum, qui ſuo nomine nihil uſucapere poteſt, nec per Servum quidem poſſe, Pædius ſcribit*. Sed Dominus captus ab hoſtibus nec perficere nec inchoare uſucapionem poteſt ſuo nomine. Ergo neque etiam poterit per Servum.

Reſpondendum videtur ex doctrina Accurſii ibidem, qui docet, prædictam Pædii regulam non ſemper veram eſſe, ut patet ex eo, quod ex cauſa peculiari Servus acquirit poſſeſſionem, & uſucapit, etiam Domino infanti, & furioſo, *l.ſi Servus, ff.eodem*, juncto textu in *d.l.1.§.item acquirimus*. Et tamen conſtat, infantem, & furioſum, per ſe uſucapere & poſſidere non poſſe, cum animo careant. Ita quoque ex citatis Juribus dicendum eſt in ſpecie noſtra.

Ex dictis Aretinus, Jaſon, Alciatus, & alii colligunt, animum facti magis eſſe, quam Juris; nempe quia Servus, qui capax Juris non eſt, *l.quod attinet, l.ſervitutem, ff.de reg.juris*, eſt tamen capax animi, *d.l.3. §.ſaltus, cum concordantibus.* Hæc tamen collectio tunc vera eſſet, ſi Servus animum haberet ex perſona ſua; quod quidem non eſt, habet enim ex perſona Domini, qui eum conceſſiſſe intelligitur, cum ei peculium habere permiſit, ut explicatum eſt: ſicuti ex eo, quod Servus capax ſit ſtipulandi, non inde ſequitur, ſtipulationem eſſe Facti, & non Juris; nempe quia Servus Jus ſtipulandi habet, non ex ſua, ſed ex Domini perſona, *tit.de ſtipulat. Servor.initio.*

Poſterior caſus eſt, cum Servus non ex cauſa peculiari, ſed ex cauſa, & nomine Domini, quidpiam comparavit, & antequam caperet uſu, Dominus captus eſt. Et major difficultas eſt, an ex captivitate Domini interrumpatur uſucapio, an non. Quippe Bartolus, quem ſequitur Aquilinus hic ex *num.*97. ait, uſucapionem interrumpi, nempe quia poſſeſſio abrumpitur. Jam enim ſupra in *tit.antecedenti* demonſtratum eſt, ex cauſa non peculiari Servum poſſidere corpore quidem ſuo, ſed animo Domini; adeo ut Domino ignoranti Servus non acquirat, *l.1. §.item acquirimus, l.3.§.ſaltus, l.peregre, §.quæſitum, ff.de acquir.poſſeſſ.* Sed cum Dominus captus eſt ab hoſtibus, animum amittit, cum ob ſervitutem non ſit amplius capax eorum, quæ Juris ſunt, *l.quod attinet, l.ſervitutem, ff.de reg. juris*. Ergo interrumpitur poſſeſſio; quippe poſſeſſio corpore & animo quæſita, ſolo animo retinetur, at non ſolo corpore, *l.ſi id quod*

poſ-

Digitized by Google

poſſidere, l.quamvis ſaltus, ff.de acqu. poſſeſſ. Unde interrupta poſſeſſione abrumpitur etiam uſucapio.

At e contrario Jacobus de Arena, Andreas de Piſis, Jaſon, & Alciatus hic, docent uſucapionem non interrumpi. Quæ ſententia probatur ex apertiſſimis Tryphonini verbis in *d.l.in bello, §.facti*, ubi hæc habet: *Eorum vero, quæ (captus ab hoſtibus) per ſubjectas Juri ſuo perſonas poſſidebat, uſuque capiebat, Julianus ſcribit, credi* (ita legendum ex Pandectis Florentinis, non, heredi) *ſuo tempore impleri uſucapionem, remanentibus eiſdem perſonis in poſſeſſione*. Et deinde addit, hanc Juliani ſententiam eſſe ſequendam, quamvis ei Marcellus contradixerit. Quæ verba tam de cauſa peculiari, quam non peculiari, intelligenda ſunt; tum quia generatim loquuntur; tum etiam quia Tryphoninus deinde in alio caſu, cum de peculiari ſermonem habere vellet, in ſpecie expreſſit, dicens: *Vel ſi qua poſtea peculiari nomine comprehenduntur*: de quibus infra.

Et ratio eſt ex Jaſone, quia cum de amittenda poſſeſſione quæritur, multum intereſt, utrum per nometipſos, an per alios poſſideamus, *d.l.peregre, §.fin. cum 2 ſeqq. ff.de acq poſſ.* quandoquidem, ut ibidem dicitur, ſi corpore & animo noſtro poſſidemus, tunc ſolo animo, vel corpore & animo poſſeſſionem amittimus: ſed ſi ſolo animo poſſidemus, corpore nec noſtro nec alieno, poſſeſsio amittitur, ubi ſcimus rem ab alio occupatam: tandem quando Servi vel Coloni corpore poſsidemus, ejus non aliter amittimus poſſeſsionem, quam ſi eam alius ingreſſus ſit, licet nobis ignorantibus. Ergo in hoc poſtremo caſu (qui & noſter eſt) ſemper retinetur poſſeſſio, & in conſequens perficitur uſucapio, donec Servus vel Colonus expulſus ſit. Quare licet Dominus captus ab hoſtibus ſit, quia tamen Servus expulſus non eſt, perget poſſidere, & uſucapere. Proinde Tryphoninus cum Juliano dicebat: *Remanentibus iiſdem perſonis in poſſeſſione*, hoc eſt, impletur uſucapio, non expulſo Servo, vel etiam Colono.

Ex quo textu recte idem Jaſon colligit, in his, quæ corpore alieno poſſidemus, licet Domini animus deficiat, vel interrumpatur, poſſeſſionem tamen durare, remanente in poſſeſſione eo, cujus corpore poſſidemus. Unde Jacobus de Arena, & Andreas de Piſis, æquiparant in hoc caſu animum, qui exigitur ad poſſeſſionem, & bonam fidem, quæ requiritur ad uſucapionem; ſicut enim de Jure civile bona fides ſatis eſt, ut initio uſucapionis interfuerit, *l.un. § hoc tamen, C.de uſuc.transform.* ita cum alieno corpore poſsidemus, ſatis eſt, ſi Domini animus initio poſſeſsionis intervenit, quod ipſe Bartolus approbat. Hæc nullo modo intellexit Aquilinus hic *num.*98. Credebat, hic a prædictis Doctoribus dici, uſucapionem poſſe perfici ſine bona fide, & ſine poſſeſsione, quod ipſi ne ſomniarunt quidem.

Hinc apparet, quid Adverſariorum argumento reſpondendum ſit. Concedimus enim, Domino ab hoſtibus capto animum deſinere. At cum con-

concludunt, ergo deſinit poſſeſſio, diſtinguimus; nam deſinit quidem poſſeſſio, ſi Dominus corpore & animo ſuo poſſidebat, ut in caſu noſtri textus, quem ab initio propoſuimus: at non deſinit poſſeſſio, ſi animo quidem ſuo, ſed alieno corpore poſſidebat; durat enim, donec Servus vel Colonus expulſus ſit, *d.l.in bello, §.facti, d.l.peregre, §.fin.cum 2.ll.ſeqq.* ut eſt in caſu præſentis quæſtionis.

Apparet etiam, per captivitatem interrumpi poſſeſſionem & uſucapionem ſaltuum hybernorum & æſtivorum, quos ſolo animo quis poſſidebat; nam animum, quo ſolo retinebat poſſeſſionem, amiſit. Nec opus eſt, ut alius poſſeſſionem ingrediatur, & id nos ſciamus, juxta textum in *l.quamvis, ff.de acqu. poſſeſſ.* quia hoc tunc exigitur ſolum, cum domini animus adeſt.

Ad §.*quod ſi Servus*.

VErba Pauli ſunt: *Quod ſi Servus ejus, qui in hoſtium poteſtate eſt, emerit, in pendenti eſſe uſucapionem, Julianus ait. Nam ſi Dominus reverſus fuerit, intelligi uſucaptum: ſi ibi deceſſerit, dubitari an per legem Corneliam ad ſucceſſores ejus pertineat. Marcellus, poſſe plenius fictionem legis Corneliæ accipi. Quemadmodum enim poſtliminio reverſus plus juris habere poteſt in iis, quæ ſervi egerunt, quam in iis, quæ per ſe, vel per ſervum poſſidebat, cum ad hoſtes perveniſit? Nam hereditates in quibuſdam vice perſonæ fungi, receptum eſt: ideoque in ſucceſſoribus locum non habere uſucapionem.*

Plurima hic difficultas verſatur, tum primo ob contrarias Juliani & Marcelli ſententias; tum etiam ob verborum obſcuritatem, qua utraque ſententia expreſſa eſt; tum etiam quia Juliani ſententia non ſatis ex fide relata videtur; tum tandem quia Paulus in Marcelli ſententiam, quam ultimo loco refert, reſidere videtur: cum e diverſo Tryphoninus Juliani ſententiam ſequendam eſſe doceat. Unde factum eſt, ut Doctores in varias & contrarias expoſitiones, & partes, conceſſerint; & quidam etiam textum emendare conati ſint. Dabimus nos tamen operam, ut quam faciliime veritas pateat, quam alii obumbrarunt. Cardines autem totius noſtræ diſputationis erunt tres Pandectarum loci. Primus eſt præſens Pauli textus. Secundus eſt textus Tryphonini in *l.in bello, §.facti, ff.de captivis*. Tertius eſt textus ipſius Juliani in *l.bona, §.qui peculiari, ff. cit.tit.*

Primo ergo Paulus ſpeciem his verbis proponit: *Si Servus ejus, qui in hoſtium poteſtate eſt, emerit.* Et quærit, an uſucapio locum habeat. Quæſtionem Aquilinus *num.*107. eſſe docet de re non peculiari, ſed dominica, præſertim quia nulla hic peculii mentio fit, quare de re dominica in dubio Paulus intelligendus eſt. E contrario Accurſius, Bartolus, ceterique

Digitized by Google

que communiter , quæſtionem de re peculiari capiunt , & ita certe capit Tryphoninus in *l.§.facti* , ubi eandem omnino rem tractans, ait : *Si qua poſtea peculiari nomine comprehendantur* . Quid plura ? Id expreſſe patet ex ipſis Juliani verbis in *d.§.qui peculiari* , quæ verba infra recitabimus . Species ergo ita concipienda eſt.Titius captus ab hoſtibus Servum in Civitate reliquit cum peculio. Durante Domini captivitate, interim Servus peculium adminiſtrare pergens , rem nomine peculiari emit a non Domino , quem Dominum eſſe credebat . Quæritur, an ſtatim ipſe Servus uſucapionem incipiat .

Et ſane quæſtio inter Juriſconſultos de re non peculiari nulla eſſe poterat. Eſt enim clariſſimum, rem ita emtam , Domino capto , non poſſe a Servo uſucapi; propterea quod in re non peculiari pro poſſeſſione attenditur animus Domini, *l.1.§.item acquirimus,l.3.§.ſaltus, l.peregre,§.quæſitum ,ff.de acqu. poſſeſſ.* ſicut pro uſucapione attenditur bona fides Domini, *l.2.§.Pomponius, ff.pro emtore.* Sed cum Servus, Domino capto,rem emit , deeſt animus Domini, deeſt etiam ipſius bona fides, ut qui nullius Juris capax eſt , *l.quod attinet , l.ſervitutem , ff.de reg. juris.* Conſtat ergo , Servum rem ita emtam nec poſſidere, nec uſucapere poſſe.

Secundo , quia in cauſa non peculiari Domino ignoranti poſſeſſio non acquiritur , *d. l.peregre , §.quæſitum* ; quare nec uſucapio . Conſtat autem captivum ignorare ea , quæ per Servum olim ſuum in Civitate geruntur .

Notandum tamen,nos loqui de Servo, qui Domino apud hoſtes manente , rem ex cauſa non peculiari emat ; hic enim Servus nec poſſidet , nec uſucapit , nec Domino reverſo prodeſt poſtliminium , nec eo mortuo apud hoſtes , heredi ejus prodeſt fictio legis Corneliæ , ut etiam apertiſſimè decidit Papinianus in *l.juſto, §.fin.ff.eodem,* ubi addit , aliud eſſe in filiofamilias , qui emit patre apud hoſtes captivo ; nam etſi interim ipſe non poſſideat, nec uſucapiat , nec patri reverſo Jus poſtliminii proſit ; tamen ſi pater ibi deceſſerit , quia ex lege Cornelia tempora captivitatis & mortis junguntur , ait Papinianus poſſe dici , filium & poſſediſſe ſibi, & uſucepiſſe .

Stet ergo, quæſtionem hic a Paulo propoſitam intelligi omnino debere , de Servo , qui Domino apud hoſtes manente , ex cauſa peculiari rem emit ab eo , quem falſo rei Dominum eſſe credebat , ut ex comparatione cum textibus Tryphonini & Juliani patet . Ubi notandum , Juriſconſultos aliquando de acquiſitione per Servos loquutos, omittere mentionem peculii , quam ex aliis locis , & Juris ratione, ſubintelligendam relinquunt, ut eſt in *l.ſi Servo,ff.eodem,* & in *l.ſi me in vacuam, §.Servus, ff.de acqu. poſſeſſ.* ut illum textum interpretatur Giphanius in *l.1. §.item acquirimus , ff.cit.tit.*

Secundo Paulus de hac quæſtione Juliani ſententiam proponit , his verbis: *In pendenti eſſe uſucapionem, Julianus ait . Nam ſi Dominus reverſus*

ſus

Digitized by Google

ſus fuerit, intelligi uſucaptum: ſi ibi deceſſerit, dubitari, an per legem Corneliam ad ſucceſſores ejus pertineat. Tria itaque tribuit Juliano Paulus. I. Generale dictum, nempe, *In pendenti eſſe uſucapionem,* ſcilicet non in quantum ad ſubſtantiam, ſed in quantum ad effectum; nam utique Servus uſucapit, quia in re peculiari Servus dicitur habere corpus & animum, quæ ad poſſeſſionem exiguntur: dicitur etiam habere bonam fidem, quæ requiritur ad uſucapionem: quocirca recte poſſidebit, & poſſidendo uſucapiet. Non ergo uſucapio eſt in pendenti, in quantum ad ſubſtantiam. Pendet vero in quantum ad effectum; ignotum enim interim eſt, cui hæc uſucapio profutura ſit, utrum Domino ex Jure poſtliminii, an heredi ejus ex lege Cornelia, ut ſtatim Julianus addit.

II. Ergo incipit reddere rationem, cur dixerit eſſe uſucapionem in pendenti. Nam ſi Dominus revertatur ab hoſtibus, uſucapio proderit Domino; nempe ex Jure poſtliminii, quod quia reſtituit Jura, *l. poſtliminium ff. de captivis,* utique reſtituet dominium Servi, qui propterea ex neceſſitate Juris non alii, quam Domino, uſucepiſſe intelligi poteſt.

III. Complet rationem ſui dicti. Et ſermonem inſtituit de lege Cornelia, ſi Dominus apud hoſtes deceſſerit; & Julianus dubitavit, utrum heredi ejus proſit Servi uſucapio, ut Paulus hic refert.

Videtur tamen Paulus memoria lapſus; nam Julianus ſine ulla hæſitatione docuit, uſucapionem prodeſſe heredi ex fictione legis Corneliæ; ut conſtat ex Tryphonino in *l. in bello, §. facti, ff. de captivis,* cum ait: *Julianus ſcribit, heredi* (vel ut eſt in Pandectis Florentinis, *credi*) *ſuo tempore impleri uſucapionem, remanentibus iiſdem perſonis in poſſeſſione.* Ubi nulla ſit diſtinctio inter poſtliminium, & legem Corneliam, ſed dicitur generatim, ſuo tempore impletum iri uſucapionem, ſcilicet, vel ipſi Domino, tempore, quo revertetur; vel heredi ipſius, tempore, quo Dominus apud hoſtes decedit. Sed ut clariſſime conſtet, Julianum nihil dubitaſſe, proferamus ipſa Juliani verba ex *lib. 62. Digeſtorum*, quæ referuntur in *l. bona, §. pen. ff. de captivis,* & hæc ſunt: *Quæ peculiari nomine Servi captivorum poſſident, in ſuſpenſo ſunt. Nam ſi Domini poſtliminio redierint, eorum facta intelliguntur: ſi ibi deceſſerint, per legem Corneliam ad heredes pertinebunt.* Quæ verba nullam heſitationem oſtendunt. Cur ergo Paulus ait, Julianum ſcripſiſſe, dubuitari?

Si divinare licitum eſt, mihi videtur, Tribonianum hæc Juliani verba reformaſſe, non tamen ex arbitrio, ſed ex Marcelli notis. Julianus enim ſcripſit: *Si ibi deceſſerint, an per legem Corneliam ad heredes pertinebit?* Et ita ſcripſiſſe, manifeſte patet ex noſtro textu. Marcellus vero, qui notas ad Julianum ſcripſit, *l. quidam ita, l. ita tamen, §. Marcellus, ff. ad Trebell. l. quæſitum, l. ſi pupillus, ff. de acquir. hered.* Marcellus, inquam, in notis interpretatus eſt, in hac interrogatione mentem Juliani fuiſſe, ut potius pertineret uſucapio ad heredes captivi apud hoſtes defuncti, quam ut non pertineret; quod etiam patet ex noſtro textu in illis verbis, quæ

Q ne.

nemo hactenus intellexit: *Marcellus, poſſe plenius fictionem legis Corneliæ accipi*; hoc eſt, plenius accipi poſſe apud Julianum, ſive ex mente Juliani, ut ipſe potius affirmet, quam neget. Et ratio interpretationis Marcelli fuit, quia Julianus ſcribit, uſucapionem reſpectu effectus in ſuſpenſo eſſe, nempe utrîuſnam utilitati ceſſura ſit, ipſius Domini, an heredis ejus. Quare mens Juliani fuit, ſi Dominus deceſſiſſet apud hoſtes, uſucapionem profuturam heredi ipſius. Ex hac ergo nota Marcelli Tribonianus manum admovit verbis Juliani, & interrogationem in affirmationem mutavit, ita: *Si ibi deceſſerint, per legem Corneliam ad heredes pertinebunt*. Ex hac etiam Marcelli nota factum eſt, ut Tryphoninus ſcripſerit, ex mente Juliani, uſucapionem ſuo tempore impletum iri, *d.l. in bello*, *§.facti*. Quare longe errat Valentia hic *num.*2. cum de Juliano ait, *dum dubitat, negare videbatur*; quippe Marcello, Tryphonino, & demum Triboniano, viſus eſt affirmare.

Sed hic examinandum eſt, quid in cauſa fuerit, ut Julianus dubitaverit, an per legem Corneliam ad heredes captivi defuncti pertineat uſucapio. Et certe ratio dubitandi fuit, quia lex Cornelia impedimento videtur eſſe uſucapioni, ut recte notat Aquilinus hic *num.*106. *verſ.ſed hic intellectus*; quandoquidem ſi vere Dominus fuiſſet mortuus, & eo mortuo Servus hereditarius peculii nomine rem tenere cœpiſſet, uſucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ, ut ait Papinianus in *l.præſcriptio ult. §.fin. ff.eodem*, cujus regulæ rationem reddit his verbis: *Quemadmodum enim uſucapietur, quod ante defunctus non poſſederat?* Ergo idipſum dicendum eſt, cum ex lege Cornelia is, qui defunctus eſt apud hoſtes, quaſi tunc deceſſiſſe videtur, cum captus eſt, *d.l.in omnibus, ff.de captivis*; nempe non inchoari uſucapionem a die, quo Servus captivi rem nomine peculii tenere cœpit, ſed cum heres captivi hereditatem adit; non enim fictio plus, quam veritas, operari poteſt, *l.filio quem pater, ff.de lib.& poſth. l.ult. C.de iis, qui ven.ætatis &c.*

Verum tamen eſt, Papinianum ſibi contrarium videri in *l.juſto, §.nondum, ff.eodem*, cum ait, nondum aditæ hereditatis tempus uſucapioni datum eſſe, ſive Servus hereditarius aliquid comparaverit, ſive defunctus uſucapere cœperit. Ad quam difficultatem evitandam Alciatus hic *num.*14. voluit, textum in *d.l.ult. §.ult.* locum habere juxta regulas Juris, quæ tamen hic non obſervantur ex privilegio, ut intelligendus eſt textus in *d.l.juſto, §.nondum*. Nam ita tandem Papinianus concludit: *Sed hæc Juri ſingulari recepta ſunt*. Ita etiam hos textus conciliat Valentia hic *cap.*4.*num.*9. ſuppreſſo Alciati nomine, & Cujacius in *l.*1.*§.item acquirimus, ff.de acqu.poſſeſſ.* quem vide.

Itaque Julianus regulas Juris reſpiciens (videtur enim nondum ſuo tempore Jus ſingulare fuiſſe receptum; vixit enim ante Papinianum) ex hac parte putabat, legem Corneliam uſucapioni obſtare. At ex alia poterat reſpicere, diverſum caſum eſſe; quia cum Servus emit bona fide ex

cau-

Digitized by Google

cauſa peculii, Domino in captivitate manente, ſtatim Servus inchoat uſucapionem, quia Dominus vere mortuus non eſt, & Jura ejus omnia in ſuſpenſo ſunt, & non abrumpuntur, *l. illa inſtitutio, §. fin. ff. de hered. inſtit.* Quocirca etiam in ſuſpenſo eſt hoc Jus, quo ſtatutum eſt, ut videatur rem peculiarem & animo & corpore Servi poſſidere: quo fit, ut ejus captivitas impedimento non ſit, quo minus ex cauſa peculiari uſucapio re ipſa inchoetur, *d. l. juſto, §. fin.* Ergo ſi uſucapio inchoata eſt, & in ſuſpenſo retenta, ſicuti ipſi reverſo prodeſt ex poſtliminio, ita eo mortuo ad hereditatem ejus pertinebit ex lege Cornelia. Atque ita fictio minus, quam veritas, hic operatur, ex diverſitate rationis; quippe Domino mortuo, vere Jura, in quantum ad ipſum, in ſuſpenſo non ſunt. Ita diſcurrit Aquilinus *num.* 104.

His ergo rationibus diſtractus Julianus veluti dubitando ſcripſit: *Si ibi deceſſerint, an per legem Corneliam ad heredes pertinebunt?* Quam tamen interrogationem Marcellus in notis ex mente Juliani pro affirmatione accepit, dicendo plenius fictionem legis Corneliæ poſſe accipi, attenta, ut dicebam, Juliani mente, quaſi ad ultimam rationem prædictam inclinaret.

IV. Tandem Paulus notas Marcelli ad Julianum recitat. Dico notas; nam duæ ſunt, una exponentis, altera contradicentis. Quod non animadverſum variis Interpretum hariolationibus locum dedit.

Prior nota exponens Juliani mentem eſt. *Marcellus, poſſe plenius fictionem legis Corneliæ accipi.* Vulgo credunt, hic Marcellum contradicere Juliano; & duo ſtatuunt, Julianum dubitando, & interrogando, utrum ex lege Cornelia uſucapio a ſervo inchoata pertineat ad heredem captivi, intelligi negaſſe; deinde id diſplicuiſſe Marcello, qui dixit, legis Corneliæ fictionem plenius poſtliminio accipi poſſe, quaſi dicat, perperam feciſſe Julianum ita ſtricte accipiendo legis Corneliæ fictionem, ut non proſit heredi, cum ea plenius accipi debeat.

Qua in re duplici nomine errant; tum quia Juliani mens in interrogatione propoſita non fuit negare, ſed affirmare, ut patet ex *d. l. in bello, §. facti*, & *d. l. bona, §. qui peculiari*; tum etiam, quia Marcellus ſi ex mente ſua vellet legis Corneliæ fictionem heredi in ſpecie propoſita prodeſſe, ſibi ipſi contrarius mox eſſet in *verſic. Nam hereditates*, illis verbis: *Ideoque in ſucceſſoribus locum non habere uſucapionem*; ita enim cum negatione hæc verba leguntur in Pandectis vulgatis, Noricis, & Florentinis, Ant. Auguſt. 1. *emend.* 3. quamvis alii nimis audacter ad tollendam quandam difficultatem, ſublata negatione, emendent, *locum habere*; quibus immerito adhærent Valentia hic *cap.* 10. & Cujacius hic *v. locum non habere*: & Alciatus hic *num.* 8. illud *non* mutet in *novam*. Quæ nugæ ſunt, ortæ ex non intellecta mente Marcelli.

Poſterior Marcelli nota eſt contradicentis; cum enim expreſſiſſet mentem Juliani, in quantum ad legem Corneliam, tum ei contradicit, in

Q 2 quan-

quantum ad utramque partem, & poſtliminii & legis Corneliæ. Et primo de poſtliminio ait: *Quemadmodum enim poſtliminio reverſus plus juris habere poteſt in his, quæ ſervi egerunt, quam his, quæ per ſe, vel per ſervum poſſidebat, cum ad hoſtes pervenit?* Mirum eſt, in mentem veniſſe Valentiæ *cap.*11. *num.*4. in his verbis non negare Marcellum in poſtliminii fictione veram eſſe Juliani ſententiam; non ſolum enim negat, ſed rationes ſuæ contrariæ opinionis affert, argumentando a majori ad minus negative, hoc modo. Qui cœpit ipſe per ſe uſucapere, vel per Servum, & deinde captus ab hoſtibus eſt, ſi revertatur, utique ex poſtliminio ei non prodeſt uſucapio, ut in *princ. noſtri textus*. Ergo multo minus ei prodeſſe uſucapio poteſt, cum eſt inchoata per Servum poſt captivitatem.

Mirum eſt etiam, aliquos putare, eſſe Pauli, qui Juliano contradicat; etſi enim verum ſit, Paulum quoque notas in Julianum ſcripſiſſe, ut conſtat ex *l.*15. *ff. de mortis cauſa donat. l.*4. *§. ult. ff. de manum. vind.* & alibi; tamen hæc verba Marcelli eſſe, apertiſſime patet ex Tryphonino in *d.l. in bello, §. facti*, ubi cum in ſpecie noſtra Juliani ſententiam propoſuiſſet, ſtatim ſubjicit ei Marcellum contradixiſſe, in hæc verba: *Marcellus ſcribit, nihil intereſſe, an ipſe poſſediſſet, an ſubjecta ei perſona.*

Deinde Marcellus Juliano contradicit, in quantum ad legem Corneliam attinet; inquit enim: *Nam hereditatem in quibuſdam vice perſonæ fungi, receptum eſt; ideoque in ſucceſſoribus locum non habere uſucapionem.* Cujus argumenti hæc vis eſt. Hereditas in quibuſdam vice perſonæ defuncti fungitur. Ergo regula eſt, ut in quibuſdam vice perſonæ defuncti non fungatur. Scilicet fungitur vice perſonæ in iis, quæ Juris ſunt, utpote quæ omnia defuncti Jura continet, *l. nihil eſt aliud, ff. de verb. ſign. l. hereditas, ff. de petit. hered.* E diverſo non fungitur vice perſonæ in iis, quæ facti ſunt, veluti eſt poſſeſſio, *l.*1. *§. Scævola, ff. ſi is qui teſt. liber, l. hereditates, ff. de acqu. rer. dom. l. cum heredes in princ.* & *§.*1. *ff. de acqu. poſſeſſ.* Sed uſucapio non niſi a poſſeſſione incipere poteſt, *l. ſine poſſeſſione, ff. eod. l. denique, ff. ex quib. cauſ. major.* Ergo hereditas jacens uſucapionem nequit incipere, & per conſequens nec Servus hereditarius. Quia ergo ex lege Cornelia, mortuo apud hoſtes Domino, hereditas fingitur jacens a die captivitatis; ideo reſolvit uſucapionem interim a Servo hereditario cœptam, & verum erit, *In ſucceſſoribus locum non habere uſucapionem.* Hoc eſt Marcelli argumentum contra Julianum, quod Juliano ignorandum non fuiſſe, ſupra dicebamus, ut qui ſuam in hac parte legis Corneliæ ſententiam dubitando & interrogando expoſuit. Itaque hic quoque Marcellus Juliano contradixit, ut recte notat Tryphoninus in *d.l. in bello, §. facti*, cujus verba jam recitavimus.

V. Pro complemento videndum eſt, utriuſnam ſententia, Juliani an Marcelli, nobis recipienda ſit: nam & hoc in dubio eſt. Quippe Paulus hic videtur ſententiæ Marcelli acquieſcere; in ea enim ſententia quis reſidet, quam ultimo loco refert. E contrario Tryphoninus ita ſcribit:

Digitized by Google

bit: *Sed Juliani ſententia ſequenda eſt*; quod etiam apparet ex eo, quod a Triboniano Juliani ſententia una cum verbis relata eſt in *l.bona*, *§.qui peculiari*, *ff.de captivis*.

Sed dicendum omnino eſt, ſententiam Marcelli hic a Paulo referri, non etiam probari; ſæpe enim in Jure noſtro accidit, ut referantur a Jureconſultis ſententiæ, quas tamen ii, qui proponunt, non probent, Donellus ad *tit.de praſcr. verb. cap.*19. *n.*7. Cujacius 1. *obſ.*16.*&* 15.*obſ.*20. Faber 2. *conject.*8. Scipio Gentilis 3. *de donat. int. vir. & uxor.*38. Schiferdegh. *lib.*1. *tract.*11. *qu.*8.

Ceterum rationes, cur Juliani ſententia recepta ſit, rejecto Marcello, difficiles inveſtigatu non ſunt. Ratio enim Marcelli, quod attinet ad legem Corneliam, non obſtat; quia locum habet, quoties uſucapio hereditate jacente non poteſt inchoari, quia Dominus vere mortuus eſt; non etiam, quando Domino tantum civiliter mortuo ob captivitatem, interim uſucapio reperitur per ſervum ex cauſa peculiari inchoata, *d.l.juſto*, *§.fin.* ut ſupra latius examinatum eſt.

Nec obſtat alia ratio reſpectu poſtliminii; longum enim diſcrimen adeſt inter uſucapionem cœptam a Domino ante captivitatem; & cœptam a Servo ex cauſa peculiari poſt captivitatem: in illo enim caſu poſſeſſio & uſucapio per captivitatem interrumpitur, textus noſter in *princ.d.l.in bello*, *§.facti*; at in iſto neutra abrupta dicitur, ut ex citatis Juribus demonſtratum eſt. Et hæc eſt noſtra de *d. §.quod ſi ſervus* ſententia, qui §. a nullo hactenus intellectus eſt.

De Fictionibus Juris. Ad eandem *l.ſi is, qui pro emtore XV.ff.de uſucap.& uſurpat.*

Occaſione ejus, quod hic dicitur de fictione legis Corneliæ de captivis, & de fictione poſtliminii, receptus jam eſt Interpretum mos, ut generatim de Juris Fictionibus agatur. Itaque nos Bartoli, Jaſonis, Alciati, aliorumque veſtigiis inhærentes, eam quoque rem aggredimur, ſatis utilem ad quamplurimas Juris noſtri cauſas & rationes recte intelligendas, & quæ fere per totum Juris corpus vagatur. Ut autem utilis eſt, ita & difficilis, ut vel ipſa Fictionis definitione apparet, quæ in Jure noſtro nuſquam tradita eſt, & in ea aſſignanda mirum in modum Doctores digladiantur, prorſus ut Aquilinus hic *num.*108. *verſ.ex quibus* dixerit, omnes de hac re Doctorum definitiones facile ſubverti poſſe, ipſe interim deterritus, nullam tradere auſus ſit. Et ſane male ceſſit Alteſerræ, qui integrum librum *de Fictionibus Juris* ſcripſit, cum *tract.*1. *cap.*1. definivit: *Eſt Juris conſtitutio, qua fingitur id contigiſſe, quod minime contigit, vel id non eveniſſe, quod re evenit.*

Nos Fictionem, quatenus ad rem noſtram attinet, ita commode defi-

finiri

Digitized by Google

finiri poſſe putamus: *Eſt mutatio veritatis a Jure in re poſſibili, ob juſtam utilitatis publicæ rationem introducta*. Quæ definitio per cauſas tradita eſt.

Nam dicitur *Mutatio veritatis* loco cauſæ formalis; nam Fictio quæcunque immutatio veritatis eſt; & imaginarium ſeu fictum eſt, cum fides facti ſimulatur, non intercedente veritate, *l.contractus, ff.d. action. & obligat.* Cui ſi accedat dolus malus, & alterius præjudicium, dicitur falſum, *l. qui teſtamentum, ff.ad legem Corneliam de falſis, l.ſi aliquid, §.teſtamentum, ff.de pœnis*. Quæ duo ſi abſint, erit fictio, de qua in præſens agimus. Recte D.Auguſtinus 2.*qq.Evangel. cap.*51. *Fictio igitur, quæ ad aliquam veritatem refertur, figura eſt, quæ non refertur, mendacium eſt*. Ita fraudem, ſi abſit dolus, non eſſe fraudem, ſed œconomiam, & ſapientiam, ſcribit D.Chryſoſtomus 1. *de ſacerd.*14. Quare perperam Antonius Faber 20.*conject.*16. Fictiones nihil aliud eſſe, quam mendacia, ſcribit.

Dicitur *a Jure introducta*, ad demonſtrandam cauſam efficientem Fictionum: Fictio enim non deſcendit ab homine, ſed a Jure, *l.ſi forte, ff.de caſtr. pecul.* Et omne Jus fictionem agnoſcit, excepto naturali, ut patet ex eo, quod licet pater & filius in poteſtate una fingantur perſona; Jus tamen naturale nihil eam fictionem curans, naturali obligationi inter eos locum facit, *l.frater a fratre, ff.de condict.indeb.* ubi Hothomanus.

Dicitur *in re poſſibili*, ob cauſam materialem; ſemper enim legalis fictio naturam & veritatem imitatur: quod in adoptione, quæ nobis filium per fictionem dat, perſpicue patet; quippe opus eſt, ut pater adoptans filios ſecundum naturam gignere poſſit, & ſit major natu eo, quem ſibi in filium eligit: præterea ut adoptio fiat ſine ulla conditione, aut tempore ullo, quia ita filios nobis natura parat, *l.actus legitimi, ff.de reg.jur.*

Dicitur tandem, *ob juſtam utilitatis publicæ rationem*, quæ verba cauſam finalem fictionum continent; quia enim fictio eſt immutatio veritatis, utique illicita eſſet, niſi ob juſtum & commendabilem finem fieret; fine enim actus humani diſtinguuntur; quare dolus in rem a lege non prohibitam adhibitus, bonus eſt, e contrario malus. Quoniam ergo Jus utilitate conſiſtit, *l.jus pluribus, ff.de juſt. & jure,* propterea ubi veritas huic utilitati repugnat, fictionem inducit. Ita exempli gratia eſt, cum fingit lex hereditatem defuncti perſonam ſuſtinere, ejuſque Jura omnia repræſentare, *l.hereditates, ff.de petit. hered. l.hereditas, ff.de reg. jur.* nempe quia niſi ita fingeret, bona cujuſque poſt mortem in nullius eſſent futura dominio, *l.1. §.1. ff.de rer. diviſ. l.3. in princ. ff. de peculio, l.denique, §.quæſitum, ff.quod vi aut clam*; & conſequenter occupanti eſſent concedenda, ex regula textus in *l.3. ff.de acqu. rer. dom.* non obſtante diſpoſitione defuncti, quæ de rigore nullius momenti eſſe deberet, cum conferatur in tempus, quo ipſe diſponens amplius Dominus

non

Digitized by Google

non eſt, nempe poſt mortem, argumento ex *l.quod ſponſæ*, *C. de donat. ante nupt.* juncta *auth. ingreſſi*, *C.de Sacroſ.Eccleſ.* Eſſet autem Reipublicæ perniciosum, ſi res alicujus ſudore partæ, eo mortuo, cuicumque etiam extraneo, etiam inimico, occupanti concederentur; maximis enim diſcordiis ſocietas turbaretur humana, contendente quocunque Domini exhalantis animam bona vi & dolo occupare. Ideo lex utilitate ſuadente induxit, ut res poſt mortem Domini non in nullius, ſed in ipſius proprio dominio eſſe viderentur, fingendo hereditatem defuncti ſubſtinere perſonam: eleganter Valentia hic *cap.2.*

Ceterum ſicuti Jus in communi populo conſulit, juxta illud Cicer. *1.de legibus*: *Salus populi ſuprema lex eſto*; ita fictionem non niſi ob publicam utilitatem inducit.

Ex dictis plura colliguntur. I. Jus civile merito gaudere fictionibus; tot enim paſſim fictiones occurrunt in Jure civili, ut eas in hoc Jure tanquam in ſuo regno verſari dictum ſit: nec illas explodere poſſis, quin pulcherrimam partem Juris civilis e medio tollas. Nec fictiones in Jure vituperandæ, quæ dolo carent, & quibus conſiſtit œconomia Juris, Alteſerra hic *tract.1. cap.3.*

Etenim Jus omne triplex eſt, Eſſentiale, Potentiale, Operativum. Eſſentiale Jus eſt, quod totum in intellectu eſt, & ſine ullo corpore, quia eſſe intelligitur. Ita eſt hereditas, bonorum poſſeſſio, & cetera hujuſmodi. Hereditas enim, in quantum eſt univerſum Jus defuncti, ſine ullo corpore, Juris intellectum habet, *l.hereditas 53.ff.de petit.hered.* Unde quamvis hereditas ſolvendo non ſit, ſed ære alieno exhauriatur, tamen hereditas eſt. Ita ſi nihil corporale in hereditate eſt, tamen recte agnoſcitur, & recte petitur, *l.3.ff.de bonor.poſſeſſ. l.quod ſi in diem*, *§.Julianus, ff.de petit. heredit.* Potentiale vero Jus eſt poteſtas ſeu facultas ad aliquid; quod etſi intellectu conſiſtat, plerumque tamen indiget corpore, in quo fundetur, ut ſunt ſervitutes, obligationes, actiones, patria poteſtas, tutela, & cetera hujuſmodi. Quare ſi bonorum poſſeſſio conſideretur ut Jus perſequendæ rei, ſeu patrimonii, quod cujuſque, cum moritur, fuit, *l.3. §.bonorum, ff.de bonor.poſſeſſ.* Jus potentiale videtur. Operativum Jus eſt legis Fictio; ſæpe enim utilitatis vel neceſſitatis gratia lex quædam veluti creat.

Et quamvis quidam opinentur Jus etiam operativum eſſe, cum lex præſumit; tamen Fictio & Præſumtio multum invicem diſtant. Nam Fictio in re certa veritatem ſupplet: Præſumtio in re dubia ex conjecturis ſupplet probationem. Fictio nunquam eſt cum veritate: Præſumtio plerumque cum veritate concurrit, Gloſ. in *l.un. §.accedit*, *C.de rei uxor.act.* Fictio inducitur a lege, non ab homine, *l.ſi forte, ff.de caſtr. pecul.* Præſumtio induci poteſt ab homine, id eſt, a Judice, unde dividitur in præſumtionem legis, & hominis, *cap.afferte, de præſumt.* Fictio non admittit probationem contrariam, Gloſ.in *l.ult. in princ.ff.quod met.*

met.cauſa, & in *l.conficiuntur in princ.ff.de jur.codicill.* Secus eſt de Præſumtione, quæ admittit probationem in contrarium, *d.l.ult.* unica excepta præſumtione, quæ Juris & de Jure dicitur, *l.ult.C.ad maced. l.ult. C.arbitr.tut.* Nempe, quia magis eſt Fictio, quam Præſumtio, ut recte ait Gloſſa in *d.l.conficiuntur, v.quoniam creditur.* Fictio non eſt una contra aliam: at Præſumtio una tollit aliam, *l.divus, ff.de in int.reſtit.* Placet hic definitionem Præſumtionis recitare ex Cujacio *ad rubr.de probat. & præſumt.* qui ita habet: *Præſumtio eſt anticipatio quædam de eo, quod in re eſt, communi ſenſu percepta ex eo, quod plerumque fit, quæ probationem omnem in eum transfert, contra quem facit.*

II. Colligitur, a Jure Canonico non immerito aliquando recipi Fictiones, veluti cum Monachi, quia mundo vale dixerunt, habentur ut mortui, Canoniſtæ ex *can.non dicatis 12. qu.1.* & ex *cap.cum ad monaſterium, de ſtatu Monach.* Et cum ob continuationem jejunii duo dies pro uno habentur, nec in eis duo Sacri Ordines eidem conferri poſſunt, *cap.quod a Patribus diſt.75. cap.literas,de tempor.ordinat.*Olim ordinationes inchoabantur in veſpera Sabbati,& protrahebantur ad mane diei Dominici, continuato jejunio. Itaque qui in Diaconum ordinatus eſt in veſpera Sabbati,non poteſt die Dominica mane Presbyterium recipere.Ita in biſexto duo dies unum conſtituunt, *l.quæſivit, ff.de verb.ſignif.l.denique, §.minorem, ff.de minor.* Dies autem biſextilis eſt XXIV. Februarii. Alia exempla Fictionum in Jure Canonico non deſunt; nam ita eſt, cum Eccleſia, quæ habet Epiſcopum inutilem, viduata dicitur, *cap.inter corporalia*, ubi Hoſtienſis, *de translat. Epiſc.* Abſentes cauſa ſtudii habentur ut præſentes ad fructus beneficiorum lucrandos, demtis diſtributionibus quotidianis, *cap.tuæ fraternitatis, cap.ad audientiam, de Cleric. non reſid.*Et demum ſi rogatus heres ante fideicommiſſi reſtitutionem deceſſerit, actiones ipſo Jure tranſeunt in Fideicommiſſarium, ſine reſtitutione, *cap. in præſentia, de probat.* Alteſerra *d.tract.1. cap.3.*

Recipit fictiones nonnunquam Jus gentium, ut ex poſtliminio conſtat, *l.poſtliminium, ff.de captivis*. Imo etiam Jus Divinum, veluti cum Levir uxore fratris præmortui viduam ducere jubetur, ad exuſcitandum ſemen fratris, *Deuteron.25.*

III. Fictionem ad ea, quæ facti ſunt, non pertinere, res enim facti impoſſibile eſt immutare, *l.denique, ff.ex quib.cauſ.major.l.in bello,§.facti, ff.de captivis*. Unde quia poſſeſſio facti, & animi eſt, *l.1. §.Scævola, ff.ſi quis teſtam. liber*, propterea Jus poſtliminii ad poſſeſſionem minime ſe extendit, *d.§.facti*, & ita nec hereditas poſſidet, *d.l.denique*, *d.§.Scævola*.

IV. Si id, quod facti eſt, ad Jus tendat, vel nonnulla a Jure mutuetur, in quantum ad hanc partem capax fictionis erit. Illuſtre hujus rei exemplum habemus in poſſeſſione, quæ utique facti eſt,ſed plurima a Jure mutua accipit, *l.49. ff.de acqu. poſſeſſ.* quocirca ſæpe fictiones admittit.

tit. Ita eſt, cum poſſeſſio acquiritur per actus civiles & fictitios, veluti per oculos, per appoſitionem cuſtodiæ, & ſimiliter. Ita quoque, cum poſſeſſio defuncti prodeſt heredi, poſſeſſio venditoris prodeſt emtori, ad implendam uſucapionem, quæ res Juris eſt, *l. id tempus, l. poſſeſſio, ff. de uſucap. l. pen. C. de diverſ. & tempor. præſcr.* Quia poſſeſſio defuncti vel venditoris quaſi juncta deſcendit ad heredem, vel emtorem, *l. cum miles, C. ex quib. cauſ. major.* Obſervat Alteſerra *tract. 3. cap. 13.*

V. Inane eſſe, quod comminiſcitur Bartolus hic, legem nonnunquam fingere id, quod in ſpecie impoſſibile eſt, licet non fingat impoſſibile in genere: inane, inquam, eſt, quia quodcunque in ſpecie impoſſibile eſt, id etiam impoſſibile eſt in genere, ut ſi Cajus filius Titii nequit eſſe filius meus, neque Fitius unius eſſe poteſt filius alterius.

Objicies I. In adoptione lex fingit imaginem nuptiarum, & filium adoptivum ex juſtis nuptiis natum fingit; tum quia adoptio imitatur naturam, *l. adoptio, ff. de adopt. l. filio, quem, ff. de lib. & poſth.* tum etiam quia adoptio commentum id eſt figmentum dicitur in *l. fideicommiſſum, ff. de condit. & demonſtr.* Qua in re lex impoſſibile fingit, cum Fitius tuus nequeat meus eſſe.

Singularis hac in re eſt opinio Aquilini *num. 137.* qui negat ullam in adoptione fictionem eſſe, ut quæ non eſt, niſi ſola ſimilitudo. Quæ opinio ſatis probabilis eſt. I. Ex *l. mulierem, C. de adopt.* ubi filius adoptivus dicitur perinde ac ex te progenitus, ſicuti in *l. adoptiones, ff. cit. tit.* nepos adoptivus dicitur perinde quaſi ex filio natus; adverbium vero *Perinde* non fictionem, ſed ſimilitudinem denotat, ut in *l. divortio, in princ. ff. de negot. geſt.* ibi: *Quod ſi interea priuſquam officium impleat, res amiſſa eſt, perinde negotiorum geſtor non tenetur, ac ſi nunquam facere potuiſſet:* ubi recte Accurſius illud *Perinde* explicat, *Id eſt, Ita.* II. Quia antiqua arrogationis formula nihil habet, quod ad fictionem referri poſſit, ſed omnino ſimilitudinem exprimit, ita enim habet: *Velitis, jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam Jure legeque filius ſiet, quam ſi ex eo patre matreque familias ejus natus eſſet: utique ei vitæ necisque in eum poteſtas ſiet, uti pariendo filio eſt. Hoc ita, ut dixi, ita vos Quirites rogo.*

Neque in contrarium facit, adoptionem dici naturæ imaginem; nam etſi imago aliquando cum fictione ſit, ut in pictura & poeſi; tamen ex natura ſua nil niſi ſimilitudinem denotat: ita ſomnus, qui morti ſimilis eſt, dicitur mortis imago. Neque iterum facit, adoptionem dici commentum in *d. l. fideicommiſſum,* ubi *fideicommiſſum a filiis relictum, ſi quis ex his ſine liberis diem ſuum obierit, adoptionis commento non excluditur:* quippe non ea mens Juriſconſulti eſt, ut adoptionem figmentum eſſe dicat, ſed ut rationem reddat, cur conditio, *ſi ſine liberis*, ad adoptivos non porrigatur, ſcilicet, ne ſimulatis adoptionibus via fraudibus aperiretur. Eadem de cauſa ne legi Papiæ fraus fieret, Senatuſconſulto

Digitized by Google

Neronis temporibus cautum eſt, ne filii adoptivi prodeſſent in Magiſtratibus, vel hereditatibus occupandis, ut narrat Tacitus 15. *Annalium*. Quippe ex lege Papia in honoribus adipiſcendis qui liberos habebat, præferebatur orbis, & orborum hereditates acquirebantur fiſco, idem Tacitus *lib.3.*

Eodem modo Aquilinus *num.121.& ſeqq.* nonnullas alias de medio fictiones tollit, quas omnes ad ſimilitudinem trahit. Exempli gratia, cum, qui in utero eſt, cum de ejus commodo agitur, fingi jam natum negat, propterea quod in *l.qui in utero 7. ff. de ſtatu hominum* dicitur: *Eum perinde ac ſi in rebus humanis eſſet, cuſtodiri*. Ratio vero, cur lex ei Jura tribuit, quæ nanciſceretur, ſi natus eſſet, redditur a Celſo in *l.vel ſi vivo, ff.de ſuis & legit. Quia*, inquit, *conceptus quodammodo in rerum natura eſſe exiſtimatur*.

His ita poſitis, facile ad argumentum reſponſio patet; non enim adoptio eſt ficta filiatio, nec qui ex alio natus eſt, ex me natus fingitur, quod eſt impoſſibile: ſed vera filiatio eſt, legitima tamen, & qui alterius filius naturalis eſt, fit filius meus legitimus, quod impoſſibile non eſt; ſicuti de Jure Canonico ob ſpiritualem cognationem verus ſpiritualis filius nobis acquiritur, *can.Pittacium 30. qu.3.*

Objicies II. Qui in acie pugnando pro patria mortuus eſt, fingitur perpetuo vivere, ut proſit Patri ad petendam excuſationem a muneribus perſonalibus, *§.ſed ſi in bello, Inſtit.de excuſat.tutorum.* At hominem perpetuo vivere, impoſſibile eſt. Varie reſpondent Doctores. Bartolus ait, fictionem non porrigi ultra tempus, quo vivere homo poteſt; id quod contradicit Juſtiniano in *d.§.ſed ſi in bello*, ut notat Jaſon hic *num.194. cum ſequ.* Rectius itaque Angelus & Imola tradunt, in bello mortuum non dici ſimpliciter perpetuo vivere, ſed addi, *per gloriam*, ut expreſſe Juſtinianus ait: hoc eſt, ejus gloriam perpetuo vivere, quod non fingitur, ſed verum eſt. Unde Ennius.

Nemo me lacrumis decoret, nec funera fletum
Faxit; nam volito vivu' per ora virum.

Plautus *Captiv. Act.3. Sc.5.*

Qui per virtutem peritat, non interit.

De diviſione Fictionum.

Vulgo Doctores poſt Bartolum hic tres Fictionum ſpecies diſtinguunt, Inductivam, Privativam, & Translativam, quæ pariter extenſiva nuncupari ſolet. De ſingulis nonnulla notatu digna recenſenda ſunt.

De

De Fictione Inductiva.

HÆc eſt, ubi Lex aliquid fingendo largitur. Simili fictione Dignitas fingitur perſona, quæ nunquam moritur. Quare legatum Principi relictum, eo mortuo ante diem legati cedentem, tranſit in Succeſſorem; quippe cenſetur relictum ipſi Dignitati, tanquam perſonæ, quæ Principe extincto ſuperſtes eſt, *l.quod Principi*, *ff. de leg.2.* Et huc fortaſſe pertinent verba Juſtiniani in *l.Deo nobis, in fine, C.de Epiſc.& Cler.* cum ait: *Noſtra ſanxit æternitas*; quamvis alii cum Suida credant, Juſtinianum ſibi æternitatem adſcribere; quod a Triboniano ſeductus credidit, ſe non moriturum, ſed vivum abiturum in cœlum. Juſtinus etiam junior eadem hæc in conſtitutione quadam habet, quæ legitur apud Cujacium 4. *obſerv.*28.

Idque verum eſt, ſi in legato Dignitas expreſſa ſit, veluti Regi Hiſpaniarum do lego: ſecus vero ſi dictum ſit, Carolo III. Tunc enim non Dignitati, ſed Perſonæ relictum cenſetur, argumento ex iis, quæ tradit Bonifacius VIII. in *cap. gratioſe, de reſcriptis in* 6. ubi ſi cui ad Epiſcopatum promoto Summus Pontifex impertiatur, ne beneficia, quæ habet, vacent ad beneplacitum Sedis Apoſtolicæ, gratia & conceſſio permanet, etiam Summo Pontifice concedente extincto: at extinguitur conceſſio, ſi Summus Pontifex dixerit, *ad beneplacitum noſtrum*.

Non ita eſt de Auguſta, cui quocunque ex prædictis modis legatum relictum ſit, ubi ea inter homines eſſe deſinit, deficit quod ei relictum eſt. Nempe quia Regia Dignitas a Principe, non etiam ab Auguſta repræſentatur, *l.ſi Auguſtæ, ff.de leg.2.*

Eadem de cauſa legatum annuum Sacerdoti,& Hierophylaci,& Æditu templi relictum, datur non ſolum iis, qui eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis,& in eo officio erant, ſed etiam Succeſſoribus, quaſi templo, ſeu potius Dignitati datum ſit, *l.annua, §.Attia, ff.de ann. legat. cap.requiſiviſti, de teſtam.can.Pontifices* 12. *quæſt.*5.

Obtinet id quoque in Juriſdictione mandata; nam ſi Abbati alicujus Eccleſiæ delegata cauſa ſit a Summo Pontifice, non expreſſo nomine proprio Abbatis, eo defuncto delegatio tranſit ad Succeſſorem, tanquam Dignitati facta, *cap.quoniam Abbas*, *de offic.Deleg. cap.ſi is cui*, *cit.tit. in* 6.

Perſonæ vice pariter fungitur Univerſitas, *l.mortuo*, *ff.de fidejuſſ.* Peculium etiam ſimile eſt homini, ut eleganter Papyrius Fronto dicebat, & naſcitur, creſcit, decreſcit, & moritur, *l.peculium, ff.de peculio.* Et ita de aliis pluribus, quæ vulgo nota ſunt.

Ad Fictionem Inductivam pertinet, cum duo vel plures correi ſtipulandi & promittendi, vel credendi & debendi, pro uno habentur, quod

De Fictione Privativa.

HÆc dicitur eſſe, ubi Lex quod alicujus eſt illi aufert. Ita eſt, cum qui capit, habetur tanquam ſi non cœpiſſet, ob id quod alii reſtituturus eſt. Puta, filio meo naturali, qui non poteſt ex teſtamento meo capere, niſi unciam, ubi filii juſti extant, *l.2. cum auth. ſeq. C.de natur.lib.* ego trientem legavi, ejuſque fidei commiſi, ut Cajo reſtitueret. Utique filius naturalis ſolidum legatum capiet, *l.cum ei, ff.de leg.2. l.ſi fidei, ff.de leg.3.* Quod ſi fuerit heres inſtitutus, cogitur adire, & reſtituere ex Trebelliano, *l.cogi, §.hi qui ſolidum, ff.ad Trebell.*

Sed ſi qui inſtitutus eſt, omnino incapax ſit, & rogetur alteri reſtituere, magna quæſtio eſt, an fideicommiſſum valeat, ut videre eſt apud gloſſam in *l.eam quam, C.de fideic. v.coguntur.* Placet tamen diſtinctio Jaſonis *ibidem*. Si enim inſtitutus heres incapax ab initio fuit, non cogitur adire, nec reſtituere, & fideicommiſſum evaneſcit. At ſi a principio capax fuit, qui deinde efficiatur indignus, cogitur adire & reſtituere, & valet fideicommiſſum, *L.Marcellus, § fin. ff.ad Trebell.* ubi heres ejus, qui a ſervis occiſus ferebatur, adiit hereditatem, ante quæſtionem de familia habitam, ex Senatuſconſulto Syllaniano, hereditas fiſco vindicatur. Nam licet ab initio capax fuerit, deinde ob neglectam necem Teſtatoris incapax effectus eſt. Fiſcus tamen retento quadrante, fideicommiſſum reſtituit.

In pari cauſa eſt, ubi quis temere exheredat filium, pro furioſo habetur, ut ſub hoc colore teſtamentum ejus per querelam inofficioſi reſcindatur, *l.mater, §.preterea, ff.de inoffic. teſtam.* Nam ſæpe Juri color quæritur, *l.item ſi, §.1. ff.ad Macedon. l.minor autem, §.1. ff.de minor. l.Sulpicius, ff. de donat. int. vir. & uxor. l.quia poterat, ff.ad Trebell. l.quiſquis, C.ad legem Juliam Majeſt.*

Huc quoque pertinet, cum exheredatus habetur pro mortuo. Finge, quis ex duobus filiis unum præterit, alterum exheredat. Per bonorum poſſeſſionem contra tabulas admittuntur a Prætore nepos filii exheredati una cum eorum patruo præterito. Nec ei obſtat frater, quia exheredatus pro mortuo habetur, ut dicitur in *l.1. §.ſed etſi patruus, ff.de conjung. cum emancip. liber.* Ob eandem rationem in computanda legitima, exheredati non ferunt partem, nec faciunt partem, *l.ſi poſt mortem, §.exheredati, ff.de bonor.poſſeſſ. contra Tabulas.*

De

De Fictione Translativa, vel Extenſiva.

HÆc eſt, cum Lex rem, quæ certa forma aut modo extat, in aliam formam aut modum extare interpretatur, ut definit Alciatus hic *num.*41. Idque plurimum quatuor modis ſit, mutatione temporis, perſonæ, rei, & loci, de quibus exempla ſubjiciam.

I. De re ad rem eſt, ubi una res ſit, & alia demonſtratur. Exemplum Bartoli eſt, traditio clavium, qua coram horreo facta, intelliguntur traditæ fruges, quæ venditæ in horreo ſunt, *l.clavibus, ff.de contr.emt.* Olim ad uſucapionem uſurpandam ſeu interrumpendam frangebatur ſurculus, Cic.3. *de orat. Ut ex Jure civili ſurculo defringendo uſurpare videantur.* Et novi operis nunciatio aliquando fit per manus oppoſitionem, vel lapilli jactum, quaſi demonſtret quis, ſe ita novum opus demoliri, *l.5. §.meminiſſe, ff.de novi oper.nunciat. l.etſi forte, §.ſciendum, ff.ſi ſervitus vindic.l.1.§.ſed etſi, l.vi facit, §.probibitus, ff.quod vi aut clam, cap.ex parte, de verbor.ſignif.* Alia exempla poſuimus ſupra in traditione per ſymbolum.

II. De loco ad locum eſt, cum abſens pro præſente habetur: propterea contumax quaſi præſens, & convictus damnatur, *l.contumacia, ff.de re judic. Nov.69. cap.3.* ita tamen, ut damnari pœna pecuniaria poſſit, vel corporali, uſque ad relegationem: verum gravior pœna, puta damnatio in metallum, vel pœna capitis, non poteſt abſenti irrogari, *l.abſentem, ff.de pœnis, l.1. ff.de requir.reis, l.abſentem, C.de accuſat.* In Regno tamen noſtro ſecus obſervatur in cauſis forjudicationis.

Ita qui domicilium alicubi habet, quamvis abſens, pro præſente habetur, *l.quæſitum in princ.ff.de leg.3.* ubi quidam legavit ita: *Cajo functum meum cum iis, quæ in eodem fundo erunt, cum moriat, do lego.* Debetur Legatario etiam ſervus, qui ante mortem Teſtatoris abductus fuit diſciplinæ & ſtudiorum cauſa, quibus completis fuerat reverſurus, *l.quæſitum, §.idem reſpondit, l.Sejæ, §.Pamphilæ, ff.de fundo inſtr. l.nibil intereſt, ff.de captivis.*

E contrario furioſus, infans, ſomno occupatus, aut comitiali morbo preſſus, pro abſente habetur, *l.ubi non, ff.de reg.Juris, l.coram, ff.de verb.ſignif.* Quare Arbiter, qui debet ſententiam dicere coram utroque litigatore, non coram altero tantum, μονομερῶς, ſi unus ſit demens, non coram dicta erit ſententia, niſi ſcilicet præſens ſit curator, *l.diem, §.coram*, juncta *l.ſed & interpellatur, ff.de recept. arbitr.* Eodem modo ſi teſtator juſſit heredem adire coram Titio, eo furente non adibit, *l.ſi quis mibi bona, §.ſi coram, ff.de acqu. hered.* Ergo debet adire Titio ſciente & arbitrante, ideſt, illius conſilio & arbitrio; non voluntate, alioqui conferretur aditio in alienam voluntatem. Titio abſente, fruſtra adibit, ut

ut notat Azo apud Accurſium in *d.§ ſi coram*. Sed ex altera parte Titius debet velle, & adeſſe, Cujacius in *d.l.coram*.

III. De perſona ad perſonam, ut in Regula, *Qui per alium facit, &c.* In difficili tamen eſt, utrum qui per alium delinquit, perinde puniatur, ac ſi per ſe ipſum deliquiſſet. Quod late examinat Bartolus, Crotus, Alciatus, & Aquilinus hic, qui varie diſtinguunt.

Et ſane ex una parte videtur diſtinguendum. Aut lex in rem ſcripta eſt, aut in perſonam: In illo caſu qui juſſit, teneri, non etiam in iſto. Habetur hæc doctrina ex *l.5. §.ult. ff.quod vi aut clam*, ubi conſiderat Ulpianus interdictum illud eſſe conceptum in rem, ita: *Quod vi aut clam factum eſt, qua de re agitur, id cum experiundi poteſtas eſt, reſtituas*: non vero eſſe in perſonam, hoc modo: *Quod vi aut clam feciſti*. Et ex his elicit, ut ſive ego feci, ſive fieri juſſi, tenear; nempe quia in rem interdictum ſcriptum eſt. Unde ſi ſcriptum in perſonam eſſet, non tenerer.

Quod verum videtur non ſolum ſi in ſecundam perſonam concepta lex ſit, quod putat Aquilinus *num.227.* ſed etiam ſi in tertiam; quippe idem Ulpianus in *l.ſi ſervum*, *§.non dixit*, *ff.de acqu. hered.* ex eo quod Prætor non dixit, *Si quid amoverit*, ſed, *Si per eum, eamve factum erit, quo quid ex ea amoveretur*, colligit edictum locum habere contra heredem, tam ſi ipſe amoverit, quam ſi amovendum curaverit. Quocirca ſi edictum in tertiam perſonam eſſet ſcriptum, *Si quid amoverit*, heres, qui juſſit, non teneretur.

Eodem modo, quia interdictum de metu a Prætore in rem ſcriptum eſt, ita, *Quod metus cauſa geſtum erit, ratum non habebo*, nec perſonam vim facientis coercet, propterea contra omnes locum habet, idem Ulpianus in *l.metum 9. §.ult.ff.de eo, quod metus cauſa*.

E diverſo dicendum videtur, ſi lex in tertiam perſonam concepta ſit, eum qui juſſit, legis pœna teneri, contra textum in *d.l.ſervum, §.non dixit*.

Quod palam fit ex pluribus. Et I. Ex *l.ſi quis id, §.ult. ff.de juriſd.* quippe edictum in perſonam fuit ſcriptum, *Si quis id, quod juriſdictionis perpetuæ cauſa in albo propoſitum erit, dolo malo corruperit*: Ulpianus tamen ait, eo teneri & qui ſuis manibus facit, & qui alii mandat.

II. Ex eodem Ulpiano in *ff. Ne quis eum, qui in jus vocabitur vi eximat*, quod edictum pariter in perſonam ſcriptum eſt. At in *l.pen.* dicitur, ſi per alium quis fecerit, hac clauſula teneri.

III. Ex *ff.de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio ſiſtat*, ubi Prætor in perſonam edictum propoſuit. Nihilominus Ulpianus ibi *in princ.* ait, feciſſe dolo malo non ſolum eum putari, qui ſuis manibus, vel per ſuos retinuit, verum etiam qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne judicio ſiſtat.

IV. Id ipſum probatur ex ipſo Ulpiano in *l.1. §.ſi domini*, *ff.ne vis fiat*

Digitized by Google

fiat ei, qui in poſſeſſ. miſſus eſt: ait enim dari actionem, etiamſi per alium quis fecerit, non obſtantibus verbis Edicti, quæ ita habent: *Si quis dolo malo fecerit, &c.* Concordant textus in *l.3. §.ſi procurator, ff.quod quiſque juris in alterum ſtatuerit*, in *l.non ſolum, ff.de injuriis*, & in *l.non ideo minus, C.de accuſat.*

V. Hoc quoque eſt, ſi lex concepta in ſecundam perſonam ſit; nam Ulpianus in *l.1. §.dejeciſſe, ff.de vi & vi arm.* quamvis Edictum ita conceptum ſit, *Unde tu illum vi dejeciſti*; tamen fatetur, comprehendi etiam eum, qui juſſit.

Nec diſcrepat Jus Canonicum in *cap.ſi quis ſuadente 17. qu.4.* juncto textu in *cap.mulieres in fine, de ſentent. excommun.* Etſi enim lex in perſonam concepta ſit, in excommunicationem tamen incidit tam qui per ſe, quam qui per alium manum violentam in Clericum injicit: & in *cap. ſignificavit, de Judæis*, ubi excommunicatione innodantur, qui commeatum vel merces ad Sarracenos deferunt, etiamſi per alios fecerint.

In tanto legum diſſidio, ne Ulpianus ſibi ipſi toties repugnare videatur, credimus eſſe generatim ſtatuendum, ſive lex in perſonam concepta ſit, ſecundam aut tertiam, ſive in rem, ſemper non modo qui per ſe facit, ſed etiam qui juſſit, comprehendi, ex regula, Is damnum dat, qui jubet dare, *l.is damnum, ff.de reg. juris*.

Nec quidquam urget textus in *d.l.5. §.ult.ff.quod vi aut clam.* Fatetur quidem Ulpianus, interdictum illud dari in eum quoque, qui juſſit, quia non eſt conceptum in perſonam, ſed in rem: non tamen inde ſequitur, non debere locum habere, ſi in perſonam ſcriptum eſſet. Neque hoc unquam Ulpianus dixit; ratiocinatur enim non a contrario, ut Doctores vulgo exiſtimant, ex quo errore tot tricæ & diſtinctiones ortæ ſunt; ſed a majori ad minus, ut ſenſus ſit: Si interdictum eſſet conceptum in perſonam, vigeret etiam contra eum, qui juſſit, *d.l.1.§.dejeciſſe, d.l.ſi quis id, §.ult.cum concordant.* Ergo multo magis contra eundem locum habere debet, quia eſt ſcriptum in rem. Id ipſum dicendum eſt de *d.l.ſi ſervum, §.non dixit, & d.l.metum 9. §.ult.*

IV. Mutatio fit de tempore ad tempus, & eſt in retrotractionibus omnibus, ut in fictione legis Corneliæ, in Jure poſtliminii, & in aliis multis. Sed ſatis ſit nonnulla de Judicum ſententiis notaſſe, cum ſcilicet ab iis appellatum eſt. Et tres caſus diſtinguere oportet.

I. In criminalibus. Si ergo quis damnatus furti, vel aliis famoſis judiciis, provocaverit, & injuſta provocatio viſa ſit, intelligitur infamis ex præſenti tempore, ſeu ex quo die appellatio declaratur injuſta, & non retro a die prioris ſententiæ latæ, *l.furti in princ.ff.de his, qui notant. infamia*; quia in criminalibus appellatio extinguit judicatum, *l.1. §.ult.ff.ad Turpill.* Unde ſi reus damnatus pendente judicio appellationis decedat, crimen morte extinguitur, id eſt, quæſtio de crimine, *l.3. C.ſi pend. appellat. l.ult. C.ſi reus, vel accuſ. l.in ratione, §.cum quidam, ff.ad legem Falcidiam.* Ex-

Digitized by Google

Excipe, ſi ab excommunicationis ſententia appellatum ſit; quippe appellatio non ſuſpendit executionem ſententiæ, & excommunicatio ſecum trahit exequutionem, *cap.paſtoralis*, *§.verum*, *de appellat.* Utique ab excommunicatione appellare fas non eſt, quia ſententia Paſtoris etiam injuſta timenda eſt. Unum excipe caſum ex Concilio Sardicenſi *can.*14. ubi ei, qui eſt excommunicatus ab Epiſcopo ὀξυχόλῳ, in iram promto, conceditur appellatio ad Metropolitam Provinciæ. Ipſe tamen ante rei cognitionem ſibi ſuo Jure *κοινωνίαν* tribuere non debet. Vide Concilium Nicænum *can.*5. & Antiochenum *can.*6.

II. In civilibus. Si Judex, ad quem appellatum eſt, confirmet ſententiam prioris Judicis, ſententia appellationis retrotrahitur ad diem, quo prior ſententia lata eſt; quia in civilibus appellatio non extinguit, ſed ſuſpendit judicatum, *l.ſi cauſa cognita*, *C. de tranſact.* Et executio judicati non ſpectat ad Judicem appellationis, ſed ad eum, a quo appellatum eſt, Gloſ.in *l.eos*, *C.de appellat.*

III. Si damnatus in criminalibus poſt appellationem moram trahat, & tempora appellationis labi ſinat, quo caſu appellatio dicitur deſerta, retro infamis eſt, *d.l.furti in princ.* ſcilicet, tanquam appellatum non ſit, *l.ult. §.illud*, *C.de tempor. appellat.*

Atque hæc de Poſſeſſione, & Uſucapione, habuimus dicere;
ſuppliciter interim D.O.M. orantes, quo ita nos
dirigat, ut ex recto legum Divinarum
uſu, Regni cœleſtis poſſeſſionem
nanciſci, ac veluti
uſucapere valeamus.

F I N I S.

Digitized by Google



DO-

Digitized by Google

DOMINICI AULISII,

J. C. CLARISSIMI

De Verborum Obligationibus, ad *lib.*45. *Digeſtorum tit.*1.

VERBORUM OBLIGATIO in duo veluti ſumma genera dividitur. Unum cum præcedente interrogatione, alterum ſine interrogatione, Cajus *Inſtit. lib. poſter. tit.*9.

Sine interrogatione, & uno loquente & promittente, contrahitur verborum obligatio in Dictione dotis, & Operarum promiſſione. Quippe in Dictione dotis hæc verborum formula ſolemnis erat: *Decem tibi doti erunt*, *l.nuptura, l.ſi mulier ita, l.quemadmodum*, *§.pen. ff.de Jure dotium*. Quæ Dictio non erat omnibus permiſſa, ſed vel mulieri, quæ nuptura erat; vel debitori mulieris, ſi Juſſu ejuſdem dotem diceret; vel tandem parenti virilis ſexus. Ceteris perſonis licita erat Datio dotis, & Promiſſio per ſtipulationem, non Dictio, Ulpianus in *fragm.tit.*6. *de dotibus, in princ.* Quod quidem Jus etiam hodie viget, nec eſt immutatum, niſi in hoc, quod ut Promiſſio dotis omnibus licita eſt, *l.promittendo, ff.de Jure dotium*, ita etiam Dictio, *l.ad exactionem, C.de dotis promiſſ. l.un. C.de rei uxor.act.* Diſcrimen inter Dictionem dotis, & Promiſſionem per ſtipulationem, eſt quod illa ex privilegio, hæc ex rigore Juris obligationem parit.

Ex Operarum promiſſione eſt, cum Libertus verbis conceptis & ſolemnibus poſt manumiſſionem jurat Patrono, *Operas, donum, munus ſe præſtiturum*, *l.*7. *§.jurare, ff.de oper.Libert.* Quo tamen caſu Libertus non tam Verborum ſolemnitate, quam Jurisjurandi religione tenetur, Cajus *loc.cit.* Et hic eſt unus & ſolus caſus, quo de Jure civili ex Jurejurando extra judicium quæritur obligatio. Pactioni autem, quæ alias va-

Digitized by Google

valet, Juſju randum robur addit duobus caſibus, qui uterque ex Jure Conſtitutionum eſt, in Tranſactione, & in Contractu Minoris, *l.ſi quis major, C. de Tranſact. Auth.ſacramenta puberum*, *C.ſi adv. vendit. l.3. C.ſi minor ſe major.dixerit*. Vis enim juramentorum reliqua tota a Jure Pontificio dependet, Vultejus *diſcept. cap.7.*

Præcedente interrogatione contrahitur verborum obligatio in Stipulatione, & Satisacceptione, *l.5. §.ſtipulatio, cum ſequ. ff.eodem*. Et de his duabus ſermo eſt titulo præſenti, nam de reliquis duabus habetur in *titt.de Jure dotium, & de Operis Libertorum*. Quare non amplius mirentur, qui quærunt, cur noſtra Rubrica in plurali numero concepta ſit, *De Verborum Obligationibus*; putant enim non niſi de una Stipulatione hic agi: proinde immutant in hanc aliam, *De Stipulationibus*. Quod inepte fit; nam præter Stipulationem, agitur hic etiam de Satisacceptione, ita tamen ut ſola ejus natura explicetur in *d.l.5.*

Eſt tamen notandum, agi de Stipulatione, non ſolum hoc titulo, ſed & duobus ſequentibus, qui ſunt, *De duobus reis*, & *De Stipulatione Servorum*. Quibus explicitis, exponuntur reliqua, quæ ad Satisacceptionem pertinent in *tit.IV.* qui eſt *De Fidejuſſoribus, & Mandatoribus*.

Hujus tituli in Pandectis Florentinis tres ſunt partes. Secunda incipit a *l.ſi decem* 48. ubi partim Græce, partim Latine, proponuntur hæc verba τὸ β' τοῦ *De Verbor.Obligat.* Tertia orditur a *l.ſi flagitii* 123. Quæ diviſio nullo myſterio facta eſt, ſed ſolum ut titulus amplus & diffuſus, multiſque difficultatibus implicatus, per eam diſtinctionem commodius legeretur: ob quam etiam cauſam tractatio legatorum in tres libros diſtincta habetur.

Verborum Obligationi Acceptilatio directo contraria eſt, eamque ipſo Jure tollit, quia verborum obligatio verbis tollitur, *l.nihil tam naturale, ff.de regulis Juris*. Eamque definit Modeſtinus *l.1. ff.de Acceptilat.* his verbis: *Acceptilatio eſt liberatio per mutuam interrogationem, qua utriuſque contingit ab eodem nexu abſolutio*. Explicatur Definitio.

Dicitur, *Liberatio*, quia Acceptilatio non eſt contractus, ut Verborum Obligatio, ſed diſtractus, ſeu unus ex modis, quibus Obligatio ſolvitur, *§.item, Inſtitut.quibus modis tollitur Obligatio.*

Dicitur, *per mutuam interrogationem*: quod tamen falſum videtur, quia Debitor tantum interrogat, hoc modo: *Quod ego tibi promiſi, habesne acceptum?* Creditor vero reſpondet, *Habeo*. Verum Modeſtinus hic de ea Acceptilatione eſt locutus, quæ cum Aquiliana ſtipulatione conjungitur, ubi Creditor interrogat, Debitor reſpondet. Cum enim per Acceptilationem hæ tantum Obligationes tollantur, quæ ex verbis conſiſtunt; propterea ad ceteras tollendas, exempli gratia, ad tollendas Obligationes ortas ex contractibus, qui re celebrantur, opus eſt ut Acceptilationem præcedat Aquiliana ſtipulatio; nam Creditor interrogat: *Quidquid te mi-*

bi

Digitized by Google

bi ex mutui cauſa dare oportet, tantam pecuniam dare ſpondes? Debitor reſpondet, *Spondeo*. Ex quo Mutui Obligatio tranſit in Obligationem Verborum; tum ſubditur Acceptilatio, qua Verborum Obligatio diſſolvitur, *§.ſed & id, Inſtit. cit. tit.*

Sed ſi accepto latum fuerit ei, qui non Verbis, ſed Re obligatus eſt, quamvis ipſo Jure non liberetur, exceptione tamen doli mali, vel pacti conventi, ſe tueri poterit, *l.ſi accepto latum, ff.de acceptilat.* Nam inutilis Acceptilatio utile pactum habet, *l.an inutilis, in princ.ff.cit.tit.* Petrus Faber in *d.l.nihil tam naturale*.

Dicitur *ab eodem nexu abſolutio*. Docet Ræward us in *d.l.nihil tam naturale*, Modeſtinum non de Acceptilatione nuda hic ſermonem habere, qua tollitur nuda Verborum Obligatio, ſed omnino reſpexiſſe ad Acceptilationem per æs & libram, qua ſola poterant res nexæ diſſolvi, hoc eſt, res per æs & libram obligatæ. Unde Ælius Gallus *nexi dationem*, & *nexi liberationem* memorat apud Feſtum verbo *Nexum eſt*, & Livius *lib.6. de Marco Manlio*: *Inde rem creditori palam Populo ſolvit, libraque & ære liberatum emittit*. Sed hæc nexus ſolemnia ſubſtulit Imperator Juſtinianus.

De Stipulationis natura.

C A P U T I.

STipulationis definitionem habemus expreſſam a Pomponio in *d.l.5. §.ſtipulatio*, in hæc verba: Stipulatio eſt *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumque ſe, quod interrogatus eſt, reſponderit*. Quæ definitio plenior eſt ea, quam tradit Paulus 2. *ſent.*3.ubi ait: *Stipulatio eſt verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus, reſpondit*. Explicatur definitio.

Dicitur *Verborum conceptio*, quia promiſſor interrogationis formulam ſequi, & dictata verba concipere debet; iiſdem uſus, quibus fuerat interrogatus, veluti, *Spondes, Spondeo, Dabis, Dabo, Promittis, Promitto, Fidei tuæ erit, Fidei meæ erit.* Nam concipere verba eſt ea verba capere, quæ ab alio præeunte dicta ſunt. Et hoc etiam ſenſu *Conceptio jurisjurandi* dicitur in *l.jusjurandum, §.ſi de qualitate*, & *§.non ſemper, ff.de jurejur.* Quoniam qui jurat, formulam ab eo, qui jusjurandum offert, ſequi cogitur; unde ei dicebat, *Præi verbis*, Plautus in *Rudente act.5.ſc.3.* Exemplum eſt apud Suetonium *de Claris Rhet.in Ablutio Silo.* Vide Briſſon.*lib.*8. *de formulis*, Valentiam *hic cap.*1. *a n.*5. *ad* 8.

Verum hæc ſolemnia verba conſtitutione Leonis remiſſa ſunt, *l.omnes, C.de contrab.ſtipul.* qui voluit, verba quæcunque apta eſſe, quibus animus promittendi palam fit; & videtur ſequutus ſententiam Ulpiani in

Digitized by Google

in *l.*1. §.*ſi quis ita*, *ff.eod.* ubi interrogatus *Dabis?* ſi reſponderit, *Quid ni?* obligatur, nam inter adverbia promittendi ſunt, *Etiam*, & *Quid ni?* ut ibidem ex Donato Cujacius obſervat.

Ex his I. conſtat, ſtipulationem non poſſe concipi, niſi utroque loquente, *d.l.*1. *in princ.* Unde Menochius 3. *præſ.*5. *num.*8. opinatur, ſtipulationem tacitam, quam fingit lex interveniſſe pro dote danda vel reſtituenda, non habere locum, cum alteruter Conjugum eſt mutus.

Rectius tamen in contrarium communis ſententia docet, privilegium tacitæ ſtipulationis eo etiam caſu ineſſe; quia etſi ſecundum naturam extrema habilia non ſint, cum alter Conjugum loqui nequeat, tamen ſi Jus Operativum attendamus, omnia recte ſe habent: fingit enim Conjuges ſervos habere, qui Conjugum nomine ſtipulentur; nam mutus per ſervum præſentem recte ſtipulatur, *d.l.*1. §.1. Ita Aretinus in *l.*1.*ff.ſolut. matrim.* aliique apud Bolognetum *ibidem.* Quippe lex ubi aliquid fingit, præſtruit ea omnia, quæ ad effectum conſequendum ſunt neceſſaria. Ideo filium adoptare poteſt, tanquam ex ſe natum, etiam qui uxorem non habet, *l.& qui uxores*, *ff.de adopt.* Et qui filium non habet, alium in nepotem, tanquam ex filio natum, adoptare non prohibetur, *l.adoptare*, *ff.cit.tit.* Nempe quia in eo caſu lex antecedenter fingit, adoptantem uxore non carere, in iſto filium ei non deeſſe, ut latius diximus in *l.ſi is, qui pro emtore, ff.de uſucap.*

Conſtat II. ſtipulationem non poſſe celebrari cum abſente, quoniam exaudire ſe ſtipulantes & promittentes invicem debent, *d.l.*1.*in princ.* Pugnare videtur *l.eam quæ*, *ff.de donat.int.vir.& uxor.* ubi uxor marito ſcripſit: *Viginti, quæ mihi hac die donationis cauſa dare voluiſti, daturam & reſtituturam me ſine ulla dilatione ſpondeo.* Et tamen Paulus ſtipulationem vocat. Verum recte Accurſius notat, ſtipulationem fuiſſe antecedenter celebratam inter præſentes, deinde in rei teſtificationem & memoriam eadem die ſcriptam & miſſam fuiſſe epiſtolam; quæ tamen ipſa ſatis non eſt ad probandam ſtipulationem, de qua aliunde conſtare debet; uti manifeſtum eſt ex illis Pauli verbis, ibidem: *Quod ſi ſtipulatio commiſſa non probetur.* Id ipſum indicat Marcellus in *l.Titius*, *ff.de conſtit.pec.* Hotom.7. *obſ.*10. Charondas 1. *Pithanon.*21.

Dicitur, *Quibus is, qui interrogatur*; nam ſtipulatio, ut per interrogationem convenit cum ſatis acceptione, ita per eandem diſtat a Dictione dotis, & Promiſſione operarum. In Jure noſtro aliquando *Interrogare* ponitur pro *Rogare*, ut cum lex & plebiſcitum conſtitui dicitur, *Magiſtratu interrogante*, §.*lex eſt*, *cum ſequ.Inſtit.de jure natur.* Non enim Magiſtratus interrogabat Populum, ſed rogabat, dicendo, *Velitis, jubeatis*, quæ verba rogantis ſunt, non interrogantis. Unde *Rogationis* nomen legibus datum, ut *Rogatio Voconia* apud Paulum. Nec Populus reſpondebat, ſed ſuffragium ferebat per tabellas, in quibus cum ſciſcebatur lex, erant duæ literæ ſignatæ, U.R. id eſt, *Uti Rogas*: at eæ, quibus lex rejiciebatur,

Digitized by Google

ciebatur, una litera A. erant inſcriptæ, id eſt, *Antiquo*, quod valet, *Nihil novari volo, antiqua probo.* Vide Manutium *de legib. Romanor. pag.* 150. E diverſo aliquando *Rogare* vim interrogandi habet, *l.* 2. *ff. de adopt.* ubi Arrogatio dicitur a *rogando*, quod Cajus, vel Tribonianus potius explicat, *interrogando*. Attento ſcilicet novo Jure; nam olim Arrogatio per Populi rogationem fiebat, illis etiam verbis, *Velitis, jubeatis.* Vide Gellium 5. *noct. attic.* 19.

Dicitur, *Daturum facturumve*; nam ſtipulatio vel in dando, vel in faciendo conſiſtit, *l.* 3. *in princ. ff. eod.* Et ſub his verbis intelligimus etiam non dare, non facere, *l. ubi autem*, *§. qui id*, *ff. eod.*

Apparet ex his, ſtipulationem concipi debere per verba futuri temporis, *Dabo, Faciam.* Id ipſum eſt de verbo *Promittendi*, quod vi & poteſtate futurum reſpicit; nam qui facit, aut dat, non promittit; & qui promittit, non dat, nec facit, *l.* 1. *C. ad legem Falcidiam*. Receptæ tamen ſunt ſtipulationes, quæ concipiuntur per præſens infinitivi modi, ut *Servum furem non eſſe, fugitivum non eſſe? l. ſi ita quis, ff. de evict.* Nempe quia infinitivus modus confundit & miſcet tempora, & ideo infinitivus dicitur, Alciatus in *d. l.* 5. *num.* 10. Sed verius eſt, in his ſtipulationibus ſubintelligi *Promittendi* verbum, hoc eſt: *Promittis ſervum furem non eſſe*, *&c.* Idemque eſt, ſi verba modi finiti habeant tractum in futurum, ut *Illum ſiſtas? l. ſtipulatio iſta, §. pen. ff. eodem.*

Itaque ſi verba præſentis temporis adhibeantur, ſtipulatio non eſt; ſed alius contractus, quamvis præcedat interrogatio, & congrua ſubſequatur reſponſio. Ut ſi dixero, *Stichum hunc vendis mihi decem?* & reſpondeas, *Vendo*, ſtipulatio non eſt, ſed Venditio, Alex. in *l.* 2. *in princ. ff. de reb. cred.* Ita quoque, *Donas mihi hos decem aureos? Dono*, Donatio eſt, non Stipulatio, Alciatus *loc. cit. num.* 9. Verum ſi res, quæ donatur, præſens non ſit, tunc ut conſulatur imperitiæ Tabellionum, verbum *Dono* trahitur ad futurum, ut poſt Bartolum & Jaſonem docet Zaſius in *d. §. ſtipulatio. num.* 5. & eſt Gloſſ. in *§. aliæ*, *Inſtit. de donat.*

Contra prædicta tamen verba definitionis Objicies I. Stipulatio doli ita concipitur, *Promittis, dolum malum abeſſe, abfuturumque? l. ſtipulatio iſta, §. ſi quis dolum, ff. eodem*, ubi aperte præſens a futuro diſtinguitur, & de utroque recte ſtipulatio fit. Ergo ſtipulatio etiam præſens tempus reſpicere poteſt.

Reſpondetur, hic geminationem eſſe, & per utrumque idem ſignificari, ut cum dicitur vis ac poteſtas tutelæ, item exceptio & præſcriptio. Quod conſtat ex eo, quia ſi omittatur illud, *futurumque*, & dicatur ſolum, *Dolum malum abeſſe*, ſtipulatio eandem vim habet, & futurum reſpicit, *l.* 4. *in princ. ff. eodem*. Vel potius, quia qui promittit dolum malum abeſſe, intelligitur ſe præſtiturum id, quod ex dolo aberit.

Objicies II. Stipulatio illa Ædilitia, *Sanum eſſe*, *Furem non eſſe*, non eſt neque dandi, neque faciendi. Quare in definitione defectus eſt.

Re-

Digitized by Google

Reſponſio eſt apud Ulpianum in *l.ſi ita quis*, *ff.de evict.* ubi ait in hac ſtipulatione contineri obligationem præſtandi id,quod intereſt,quamvis non exprimatur; quaſi dictum ſit: *Si ſervus non eſt ſanus, quanti ea res erit, dari?* Et ob hanc cauſam utilem ſtipulationem eſſe, probat Ulpianus *ibidem*. Itaque eſt ſtipulatio præſtandi, & reſpicit tempus futurum. Id ipſum eſt de ſtipulatione *dolum malum abeſſe*, ubi quis intelligitur promiſiſſe,ſe præſtiturum id,quod ex dolo abeſt,& aberit,*l.4.in princ. ff.eodem*.

Dicitur *Se*, quia alius pro alio promittens daturum eum, vel facturum, non obligatur, niſi ſit ſubjecta pœna, *d.l.ſtipulatio iſta*, *§.1. & §.ſi quis dolum.* Ita alius adſtipulans, id eſt pro alio ſtipulans ei dari vel fieri (Adſtipulari eſt alteri ſtipulari, Cujacius in *l.5. in fine*, *ff.eodem*) nullam acquirit obligationem ei, cui adſtipulatur, niſi pœna ſubjecta ſit, ut in eadem *l.§.alteri*. Ratio utriuſque ſententiæ eſt, quia inventæ ſtipulationes ſunt, ut unuſquiſque id agat, quod ſua intereſt: at cum pœna ſubjicitur, mihi pœnam ſtipulor, non alteri, & jam mea intereſt.

Excipe I. Cum noſtra intereſt alteri dari, vel fieri; ut ſi Tutor honorarius Contutori ſuo adminiſtrationem cedat, & ab eo ſtipuletur rem Pupilli ſalvam fore, ſtipulatio valet, quia ſua intereſt; quia ob malam adminiſtrationem Contutoris conveniri & ipſe poteſt, *l.3. ff. de admin. Tutor.* Vide latius in *§.alteri*, *Inſtit. de inutil.ſtipulat.* Ob eandem cauſam licet ſtipulari heredi, quia noſtra intereſt heredibus noſtris acquiri, *l.continuus*, *§.ult. ff.eod. l.antiquitas, C.de uſufr.*

II. In ſtipulationibus Prætoriis, quas ſic interpretamur, ut cum quis alium facturum promittit, intelligatur promiſiſſe, ſe effecturum ut ille faciat. Ita eſt in cautione Judicio ſiſti, *l.quoties quis in princ. ff.eod.* Et cum Procurator promittit rem ratam Dominum habiturum,*l.ſi Procurator*, *ff.rem ratam haberi.*

III. Si ſervus Juſſu meo promittat me daturum, facturumque, ero obligatus ex Edicto, Quod Juſſu, *l.1. §.item ſi, ff.eod.* Qui tamen ſervus, quod mihi debetur, acceptum habere non poteſt, ne fiat conditio mea deterior; imo acceptum habere non poteſt, ne quidem Juſſu meo, *l.pen. ff.de acceptilat.* Nam Edictum Quod Juſſu ad contractus pertinet, non ad liberationes, *l.ſi dubitet, §.ult. ff.de fidejuſſor.* Cujac.5. *obſerv.*36.

Dicitur, *Quod interrogatus eſt*; nam reſponſio congrua interrogationi eſſe debet, & ſi quid in reſponſione detrahitur, vel additur interrogationi, vitiatur ſtipulatio, *d.l.1. §.ſi quis ſimpliciter, cum ſequ.*

Excipe I. In ſummis; nam ſi ſtipulanti viginti, ſpondeam decem; licet ſit inutilis ſtipulatio in exceſſu, valet tamen in concurrenti ſumma, id eſt, in decem, ubi interrogatio & reſponſio congruunt, ex regula, quod in majori ſumma ineſt minor, *d.l.1. §.ſi ſtipulanti*: ut eſt etiam intelligendus textus in *§.præterea*, *Inſtit.de inutil.ſtipulat.* Non ita ſe habet in errore; veluti errant locator, & conductor, in mercedis quantita-

te,

te, & locator viginti ſe locaſſe exiſtimavit, conductor decem, nihil agitur, ut eſt in *l.ſi decem, ff.locati*. At ſi e contrario locator putat ſe locaſſe decem, conductor ſe conduxiſſe viginti, non pluris erit conductio, quam decem, *d.l.ſi decem*; Labeoni enim placuit, pactionem obſcuram vel ambiguam, venditori & locatori nocere, in quorum fuit poteſtate legem apertius conſcribere, *l.Labeo, ff.de contrah.emt. l.veteribus, ff.de pactis*.

II. In rebus pluribus conjunctis, ut ſi Stichum ſtipulanti promittam Stichum & Pamphilum, valida in Sticho ſtipulatio erit, in quo ſcilicet interrogatio & reſponſio congruit. Ratio eſt, quia tot ſunt ſtipulationes, quot res: unde duæ videntur ſtipulationes, una utilis in Sticho, altera in Pamphilo inutilis; nec in rebus pluribus utile per inutile vitiatur, *d.l.1. §.ſed ſi mihi*; de qua tamen regula latius infra.

III. Generatim excipe, niſi Stipulatori diverſitas reſponſionis illico placuerit, Ulpianus in *d.l.1. §.cum adjicitur*. Quæ exceptio pertinet ad omnes caſus, in quibus propter diverſitatem vel conditionis, vel temporis, vel rei, aut ſummæ, inutilis ſtipulatio eſt, ut contra Cujacium *ibidem* eſt communis Doctorum ſententia, quam ſequitur Valentia *tract.3.cap.5 num.29*. Et conſtat aperte ex ea ratione, quam Ulpianus adjicit, nempe quia eo caſu ex ſubſequenti approbatione nova ſtipulatio contracta eſſe videtur. Itaque ſi pure interrogatus, reſpondeat ſub conditione, & Stipulator illico addat, *Placet*, ſtipulatio poſterior utilis eſt, licet prior inutilis fuerit. Item ſi interrogatus intra Kalendas, reſpondeat Idibus; aut ſi poſt interrogationem in decem reſponſum ſit viginti, & Stipulator ſubdat, *Accipio*, Bartolus, Jaſon, Giphanius, aliique in *d.§.cum adjicitur*. Et quamvis in his caſibus videatur potius ſubſequi interrogatio, quam præcedere; tamen in his, quæ in continenti fiunt, non attenditur prius & poſterius, *l.lecta, ff.de rebus cred. l.ſi ita ſuero, in fine. cum l.ſeq. ff.de novat. l.petens, C.de pactis*.

Dicitur tandem, *Reſponderit*; ita ſcilicet, ut ſtipulantis & reſpondentis continuus actus ſit, continuus inquam, non phyſice, ſed moraliter; nam aliquod momentum naturæ, ſeu intervallum medii temporis modicum, non vitiat ſtipulationem, *d.l.1.§.qui præſens, l.continuus in princ. ff.eodem*. Unde fit, ut tunc continuus actus interruptus dicatur, ſi intercapedo longa eſt; & dicitur longa, cum quis poſt interrogationem, antequam reſpondeat, ad aliud divertat; quippe eo caſu nihil prodeſt, quamvis eadem die reſpondeat, *d.l.continuus*. Momentum extenditur etiam ad horam, *l.ult. C.de contrah.ſtipul.* ibi, *In uno momento horæ*. Ita & Sueton. in Auguſto *c.50*. Livius *lib.5. & 9.* niſi dixerim, *horam* hic pro tempore generatim accipi.

Nec obſtat, poſſe duos reos per ſtipulationem conſtitui ex diverſis locis, & per conſequens ita, ut longum temporis intervallum inter utriuſque conſtitutionem mediet, *l.eandem, §.ult. ff.de duobus reis*; nam animadvertendum eſt, hodie receptum eſſe, ut duo rei debendi etiam diverſis ſti-

Google

pulationibus obligari poſſint, *l.3. l.duos in princ. ff.cit.tit.* Et inde eſt, ut inter eos temporis intervallum non attendatur. Olim in antiqua Juriſprudentia ſecus erat, cum duo rei una ſtipulatione conſtitui debebant, *l.ſi ex re, §.ſi ipſi, ff.de ſtipulat.ſervor.*

Illud notandum eſt, pacta etiam iniri poſſe per interrogationem & reſponſionem; ſed probare oportere, id factum eſſe animo paciſcendi; aliter enim in dubio præſumitur ſtipulatio, ſi pacto adjectum ſit, *Rogavit Titius, ſpopondit Mævius, l.Jurisgentium, §.quod fere, ff.de pactis.*

Hactenus de Stipulatione nuda, quæ & ſimpliciter Stipulatio dicitur: nunc de Satisacceptione, quam Stipulationem non nudam vocat Cujacius in *d.l.5. §.Satisacceptio, ff.eodem.*

De Satisacceptionis natura.

CAPUT II.

HÆc eſt altera Verborum Obligationis ſpecies, quæ præcedente interrogatione fit, & etiam Satiſdatio dicitur. A Pomponio in *d.§. Satisacceptio* ita definitur: *Eſt Stipulatio, quæ ita obligat Promiſſorem, ut Adpromiſſores quoque ab eo accipiantur.* Ubi Adpromiſſores non ſunt, niſi Fidejuſſores, dicti quod alienæ promiſſioni accedant, *l.in omnibus, ff. de ſolut. l.ſi vero, ff.ſol. matr.* In aliis tamen libris in d. §. *Satisacceptio* legitur, *Expromiſſores.* Sed falſo, ut notat Alciatus 1. *parerg.*2. nam Expromiſſor eſt, qui pro eo promittit, qui efficaciter obligatus non eſt: ut qui pro ſervo expromittit centum Domino, ſi eum manumiſerit; vel qui expromittit pro muliere fidejubente, *l.& eleganter, §.ſervus, ff.de dolo, l.aliquando, ff.ad S.C.Vellejanum.*

Itaque in Satisacceptione duo fiunt. Primo quis ſe ipſum obligat: ſecundo fidejuſſorem. Et ſolemnia verba ſunt, ut qui fidejuſſorem tradit, ita interrogetur: *Iſtum fide tua eſſe jubes?* & ille reſpondeat: *Fide mea eſſe jubeo,* Cajus 2. *Inſtit.*9. Et hæc ſunt verba, quæ intelligit Papinianus in *l.poſtquam in princ. ff.ut Legator.nom.cav.* Species eſt: relicto ſub conditione legato, heres per ſtipulationem legatario cavit; deinde heres captus eſt ab hoſtibus, & conditio extitit. Quæſitum eſt, an Fidejuſſores tenerentur; & Papinianus reſpondit, interim dum apud hoſtes heres eſt, non teneri. Cur ita? Cujacius *lib.*28. *qq.Papin.* rationem eſſe ait, quia Fidejuſſor conveniri non poteſt, antequam Reus principalis debeat, *l.fidejuſſor, ff.de fidejuſſ.* Et in ſpecie noſtra nec debuit heres ante captivitatem, cum legati conditio nondum extitiſſet, *l.ſi ita 45. §.1. ff.de legat.2.* nec debet, dum captivus eſt, cum in ſervum nulla cadat civilis obligatio, *l.in perſonam, ff.de reg.juris.*

Idem fere habet Valentia *tract.*3. *cap.*1. *num.*30. Nempe quia cautio le-

legatorum nomine per ſtipulationem fit, cujus effectus in id tempus confertur, in quo legati dies ceſſerit, *l.8. & ſeq. ff.ut legat. nom.* Quocirca, cum eo tempore, quo conditio extitit, heres utpote ſervus hoſtium, ad ſtipulationem contrahendam, quæ Juris civilis eſt, perſonam non habeat, *l.quod attinet, ff.de reg.Jur.* propterea nec ſtipulatio, nec ei adjuncta fidejuſſio vires habere poteſt, interim ſcilicet, dum heres apud hoſtes manet.

Quæ ratio licet ſatis probabilis, mentem tamen Papiniani non attingit, qui rationem his verbis expreſſit: *Quia neque jus, neque perſona eſſet, ad quam verba ſtipulationis dirigerentur:* Intelligit verba illa Satisacceptionis, *Iſtum fide tua eſſe jubes?* quæ diriguntur ad Debitorem, qui ſatiſdat. Quare tempore, quo Satiſdatio ſuum effectum ſortiri debet, opus eſt, ut exiſtat perſona Debitoris, qui Fidejuſſorem fide ſua eſſe juſſit: vel eo non exiſtente, exiſtat ſaltem Jus, quod ipſum repræſentet, ut eſt hereditas. Quorum neutrum eſt in ſpecie propoſita; non enim exiſtit perſona, quia Debitor per captivitatem perſonam amiſit, *d.l.quod attinet:* nec exiſtit Jus, quia licet captus ab hoſtibus ex lege Cornelia habeatur pro mortuo ab inſtanti captivitatis, id tamen non eſt, niſi poſt captivi naturalem mortem ſequutam.

Dices I. Servus naturalis obligationis capax eſt, *l.naturaliter, l.ſi id quod, ff.de cond.indeb. l.ſervum, ff.de oblig.& act. l.ſi de eo ſervo, ff.de ſolut.* Ergo in herede iſto capto ab hoſtibus remanet ſaltem naturalis obligatio, quam contraxit per cautionem, antequam caperetur. Quæ naturalis obligatio ſatis eſt, ut ei adhærere fidejuſſor poſſit, *l.ſi pupillus, ff.eod. l.Stichum, §.naturalis, ff.de ſolut.* Quocirca adeſt Jus, quod eſt naturalis obligatio.

Dices II. Adeſt etiam perſona; quia etſi ſervus de Jure civili pro mortuo cenſeatur, tamen pro eo Fidejuſſor intercedere poteſt, *d.l.naturaliter, l.2. ff.de fidejuſſ. l.ſi quis, §.item ſi filius, ff.eodem.*

Sed ut a poſtremis ordine Homerico exordiar, dicimus pro ſervo recte Fidejuſſorem intercedere in cauſa peculiari, ut conſtat ex *d.l.naturaliter*, juxta quam cetera Jura ſunt interpretanda: ſecus vero extra cauſam peculiarem, niſi ſervus ex perſona Domini capax fiat, Santolaria *interpr.15. num.10.*

Quoad primum attinet, Valentia hic *cap.1.* diſtinguit, ut ex contractu Juris gentium oriatur in ſervo naturalis obligatio, non item ex contractu Juris civilis, uti eſt ſtipulatio. Probat id, tum quia naturalis obligatio poteſt novari, *l.1. §.illud, ff.de novat.* at ſervus ſtipulando nequit novare, *l.in perſonam, §.1. ff.de pactis, §.præterea, Inſtit.quib.mod.toll.oblig.* Tum etiam quia ſoluti ob fidejuſſionem ſervi repetitio eſt, *l.ſervus in fine, cum l.ſequ.ff.de fidejuſſ.* quæ repetitio denegatur, ubi qui ſolvit, eſt naturaliter obligatus, *d.l.naturaliter.* Tum demum quia in noſtra *lege* Fidejuſſor pro capto ab hoſtibus non adſtringitur.

Hæc diſtinctio etſi Santolariæ arrideat, diſplicent tamen rationes; nam

Digitized by Google

nam Novatio, Repetitio, Fidejuſſio, ſunt civiles effectus obligationi naturali adjuncti, ut propterea mirum non ſit, ſi non comitentur obligationem naturalem ſervi. Ipſe ergo movetur ex eo, quod obligatio naturalis in ſervo ſtipulante nulla poteſt oriri ob defectum cauſæ; nam vel orire- tur ex ſtipulatione, vel ex pacto inſito in ea. Non ex ſtipulatione, quia inita a ſervo nulla eſt, *l.* 1. *§.ſi quis, ff.eodem.* Non ex pacto, quia inutilis ſtipulatio utile pactum continere non poteſt, ut dicemus.

Quæres I. Utrum Stipulatio, ſive nuda ſive non nuda, ſit contractus. Et varia Doctorum opinio eſt. Merenda 13. *contr.* 19. nec conventionem nec contractum eſſe docet, ſed ſolum cautionem, qua obligationes firmantur, ut eſt Obligatio Cameralis, & Quarantigiæ. Accurſius in *l.omnem, ff.de judic.* & in *l.* 1. *C.ut act.ab hered.* concedit eſſe conventionem, negat eſſe vere contractum. Cujacius in *l.Juris gentium, ff.de pactis*, & conventionem, & verum contractum eſſe ait: quæ opinio vera eſt.

Et quod Stipulatio ſit conventio, conſtat ex *l.* 1. *§.ult. ff.de pactis*, in hæc verba: *Sed conventionum pleræque in aliud nomen tranſeunt, veluti in Emtionem, in Locationem, in Pignus, in Stipulationem.* Conſtat etiam ex definitione Conventionis, quæ eſt, cum negotii contrahendi tranſigendique cauſa conſenſiunt, qui inter ſe agunt. Et ſane Stipulatio ob negotium interponitur, & licet verbis fiat, tamen niſi habeat conſenſum, nulla eſt, *d.l.* 1. *§.conventionis, cum ſequ.* Porro conventio omnis vel pactum, vel contractus eſt, *d.§.ult.* juncta *l.* 2. *ff.cit.tit.* Tranſactio eſt pactum, *l.contractus, C.de fide inſtrum.* Stipulatio non eſt pactum. Ergo contractus eſt, & contractus vocatur in *l.* 1. *§.ſi ſtipuler, ff.eod. l.tandem, ff.de duob.reis, l.contractus, C.de non num.pec.cum concordantibus.*

Meminiſſe tamen oportet, Contractus nomen dupliciter in noſtro Jure accipi; nam aliquando Contractus in ſpecie eſt conventio, ex qua mutua obligatio naſcitur, ut in Emptione, Locatione, & ſimilibus, quæ alio nomine συνάλλαγμα dicitur, *l.Labeo, ff.de verb.ſign.* Et fatemur, Stipulationem non eſſe contractum hoc ſenſu acceptum, cum ex ea non obligentur ultra citroque Stipulator & Promiſſor. Aliquando Contractus in genere ſumitur, & eſt Conventio, ex qua naſcitur obligatio, licet ex una tantum parte. Sic Mutuum contractus eſt, quamvis Mutuatarius tantummodo obligetur, *§.Jus autem gentium, Inſtit.de Jure naturali.* Sic dotis Datio, *l.contractus, ff.de reg.jur. l.exigere, ff.de judic.* Sic quoque arrarum Datio, *l.contractus, C.de fide inſtrum.* Et hoc ſenſu Stipulatio verus contractus eſt, cum ſit Conventio, ex qua Promiſſor obligatur.

Non diſſimiliter apud Græcos συνάλλαγμα interdum eſt contractus, qui ultro citroque obligat, *d.l.Labeo.* Sed nonnunquam latius patet ad Mutuum, & ad omnes omnino contractus, uti apud Theophilum patet.

Quæres II. An Stipulatio ſit Contractus de Jure civili? Et quidem Joannes eam contractibus Juris gentium accenſuit. Movetur I. Quia ut conſenſus & diſſenſus eadem eſt origo, ita & obligationis & liberationis.

Sed

Digitized by Google

Sed libe ratio contingit per Acceptilationem, quæ eſt Juris gentium, *l. an inutilis, §. ult. ff. de Acceptilat.* ubi Pomponius habet: *Hoc Jure utimur, ut Juris gentium ſit Acceptilatio.* Ergo etiam Juris gentium eſt Stipulatio, per quam contingit Obligatio. II. Quia Stipulatio quacunque lingua fieri poteſt, *l. 1. §. ult. ff. eod.* Ergo Juris gentium eſt, argumento ex *d. l. an inutilis, §. ult.* ubi quia Acceptilatio Juris gentium eſt, deducit Juriſconſultus eam græce fieri poſſe.

Communis tamen ſententia poſt Accurſium, in quantum ad originem Juris civilis eſſe docet. Et probatur I. Quia contractus, qui de Jure gentium ſunt, peraguntur ſine verborum ſolemnitate, & inter abſentes contrahi poſſunt, *l. 1. §. ult. ff. de contr. emt.* Sed Stipulatio exigit, præter conſenſum, verba ſolemnia, & ſolum inter præſentes celebratur, ut dictum eſt. Ergo de Jure gentium non eſt, ſed de Jure civili, cujus eſt ſolemnitas verborum. II. Quia deportatus ex contractibus Juris gentium obligatur, *l. quidam, ff. de pœnis, l. deportatus, ff. de interd.* At ex Stipulatione non obligatur, *l. quoties, in fine, ff. de novat.* Unde fit, ut Stipulatio contractibus de Jure gentium adnumerari non poſſit.

Nec obſtat, in *l. an inutilis* Acceptilationem dici Juris gentium; nam id abſolute non dicitur, ſed cúm clauſula, *Hoc Jure utimur*: cujus clauſulæ uſus eſt, ubi aliquid contra rigorem Juris receptum eſt, *l. jam hoc Jure, ff. de vulg. l. hoc Jure, ff. de reg. Jur. l. ſi tamen, ff. de teſtam. tut.* Et ſenſus eſt, quod licet Acceptilatio Juris civilis ſit, tamen quodammodo in Jus gentium tranſiit, ex eo quod hodie Acceptilatione tollitur non ſolum verborum obligatio, ſed & quævis alia, invento novandi modo per Stipulationem Aquilianam, *l. 4. ff. de tranſact.* ubi pariter additum eſt, *Hoc Jure utimur.*

Ceterum Acceptilationem attenta origine eſſe de Jure civili, conſtat ex *l. verborum, ff. de ſolut.* ubi Acceptilatione dicitur civiliter tolli obligationem, ſicuti naturaliter tollitur ſolutione. Et ex *l. actus legitimi, ff. de reg. Jur.* ubi actibus legitimis Acceptilatio accenſetur, id eſt, a Jure civili introductis, ut ſunt Mancipatio, Acceptilatio, hereditatis Aditio, Servi Optio, Datio Tutoris. E contrario quædam ſecundùm originem Juris gentium ſunt, uſu vel lege Juris civilis facta ſunt, ut Donatio.

Nec rurſus obſtat, Stipulationem fieri poſſe quacunque lingua, nam id neceſſario ita receptum eſt, ex quo Stipulatio cœpit Juris gentium Conventionibus adnecti, veluti Locationi, Venditioni, & ſimilibus, quæ quacunque lingua fieri ſolent, Cujacius in *l. 1. §. ſed utrum, ff. eodem.*

Quæres III. Quam obligationem Stipulatio pariat? Et dicendum eſt, ſi quidem in Stipulatione attendatur civilis verborum ſolemnitas, eam obligationem civilem producere, unde Stipulatio obligationi naturali opponitur, *l. ſi ita ſtipulatus 126. §. ſupereſt, ff. eod.* & obligationem civilem parere dicitur in *l. ex diverſo, §. 1. ff. ſol. matrim.* & in *§. de conſtituta, Inſtit. de action.* Nihilominus, quia Stipulatio, ſi non habeat conſenſum, nul-

nulla eſt, *l.*1.*§.adeo,ff.de pactis*; propterea hoc reſpectu naturalem quoque obligationem inducere dicimus, argumento ex *d.l.*1. *in princ.* & *l.heres a debitore, §.ſervo, ff.de fidejuſſ.* Et ita docet Gloſſa poſt Joannem & Azonem in *d.§.adeo*, contra Aldricum, qui Stipulationem habere in ſe civile vinculum voluit, non etiam naturale.

His breviter poſitis, ſuperſunt nonnulla, quæ longiori diſcuſſione opus habent. Sit itaque.

Utrum Stipulatio ſine cauſa valeat.

Quæstio I.

IN eam ſententiam ut plurimum itum eſt a Doctoribus, ut credant, Stipulationem ſine cauſa eſſe nullius momenti. Ita poſt alios Mantica 14. *de tacitis tit.*12. Gomez 2. *variar.*11. *num.*3. *cum* 2. *ſeqq.* Giphanius in *l.hoc jure, a num.*27. *ff.de donation.* & in *rubr.hoc tit. qu.*4. Duarenus in *l Juris gentium, §.quod fere, ff.de pactis*.

Pro quibus ſtare videtur Ulpianus in *l.*2. *§.circa, ff. de doli except.* ubi habet, Stipulationem fieri quidem poſſe ſine cauſa, & factam valere ſtricto Jure, ſed infirmari exceptione doli;dolo enim videtur facere, qui ſine cauſa petit. Stipulatio ergo ſine verborum conceptione non parit actionem, ſine cauſa exceptione rejicitur.

Non inelegantem rationem addit Duarenus,quia Stipulationes fuerunt inventæ gratia firmandarum obligationum, *d.§.quod fere*. Unde neceſſe eſt dicere, Stipulationem eſſe alicujus conventionis appendicem, & acceſſionem, & per ſe ſine alia cauſa inutiliter contrahi.

Sunt tamen,qui in contrarium nituntur,& ſine cauſa Stipulationem valere docent, Emmanuel Soarez 1.*obſ.juris* 2.Forcatulus *dial.*71.*num.*4. Mendoza 1.*diſput.*4. *num.*45. Parladorus 2. *quotidian.qqu.cap.*3. *num.*56. Moti præcipue ex eo, quod nunquam inter capita inutilis Stipulationis recenſetur illud, cum Stipulatio cauſa caret, ut conſtat ex *tit. Inſtit. de inutil.ſtipulat.*

Nos duas propoſitiones ſtatuimus. Prior eſt,non dari Stipulationem ſine ulla cauſa ſaltem tacita. Poſterior, eam ab Ulpiano dici Stipulationem ſine cauſa, quæ expreſſam falſam cauſam habet.

Et quod attinet ad priorem propoſitionem, ea patet ex eo, quod nemo niſi ob finem agit, id eſt ob cauſam aliquam, nec niſi amens,infans, vel dormiens, ſine cauſa ſtipulari poſſit. Semper itaque cauſa aliqua adeſt, ſaltem tacita; quo caſu donatio eſt: Nam ſi ſtipulanti, *Dabis mille?* reſpondeam, *Dabo*, cenſeor cauſa exercendæ liberalitatis promiſiſſe,ſi nulla alia cauſa ſubſit. Quod palam fit ex *l.hoc jure, §.ult. ff.de donat.* ubi dicitur: ***Sed & hæ Stipulationes, quæ ob cauſam fiunt, donationem non ha-***

Digitized by Google

habent. Ergo quæ ob cauſam non fiunt, donationem habent. Nam donatio duplex eſt. Mera, & non Mera. Non mera eſt, quæ cauſam adjectam habet, ut D mo tibi, quod me præceptis tuis meliorem reddidiſti, *l. Aquilius, ff. cit. tit.* Mera e diverſo eſt, cum nullam cauſam exprimo, tunc adeſt quidem cauſa, ſed tacita, nimirum liberalitas, *l. 1. ff. cit. tit.* Hinc fit, quod ſi tibi ſtipulanti ſine ulla cauſa expreſſa, promittam, mera donatio ſit, Bartolus in *l. nuda ratio num. 2. ff. cit. tit.* Ripa in *l. ult. num. 40. C. de revoc. donat.* quidquid cum aliis Mantica repugnet.

Neque enim quidquam obſtat, quod non ſit facta per verbum *Dono*, ſed per verbum *Promitto*; certi enim Juris eſt, donationem non pendere a verbo donandi, ſed ab animo dantis, & accipientis, *l. 3. C. de contr. emt. l. ſi quis conduxerit, l. ex conducto, §. Papinianus, ff. locati.* Quare cum nulla cauſa exprimitur, perinde eſt dicere, *Promittis hominem?* ac *Dabis gratia donationis hominem?* Utroque enim caſu tacita liberalitatis cauſa ſubintelligitur, & erit utrobique donatio.

Ex quo fit, ut perperam ſe torqueant Doctores circa quæſtionem illam, In dubiis quandonam facta donatio præſumatur. Nam breviter dicendum eſt, cum nulla alia cauſa dandi aut promittendi ſubeſt, tunc donationem cenſeri. Ratio in promtu eſt, quia ſi cauſa exprimitur, ea a lege attenditur, niſi aliqua in contrarium ratio urgeat: ſi non exprimitur, tunc lex ipſa eam ex mente contrahentium ſupplet, & meram liberalitatem intelligit. Omnia conſtant ex dictis. Verum illud non eſt prætermittendum, quod ſi quis exprimendo cauſam, aliam non aſſignet, quam liberalitatem, adhuc mera donatio erit. Ita quoque donatio erit, *Do, quia ita mihi placitum eſt, Alex. conſ. 83. num. 4. lib. 1.*

In quantum ad poſteriorem propoſitionem, ſi Stipulatio fiat cum cauſa expreſſa, quæ non ſit liberalitas, & ea mox falſa reperiatur, dicitur Stipulatio ſine cauſa ab Ulpiano in *d. l. 2. §. circa*, ubi tribus caſibus docet agentem ex Stipulatu repelli exceptione doli mali, orta poſt Stipulationem. Et ut a poſtremis incipiam, Primo ſi cauſa ſit finita. Exemplum eſto. Domus mea eſt ruitura, & per refectionem ſtipulor a te decem: deinde domus ſolo æquatur, nec amplius refectione opus eſt, ſed reædificatione. Hic, quoniam cauſa, quæ aderat tempore ſtipulationis, finita eſt, ideo poſſum quidem certi condictione a te petere decem, ſed exceptione doli ſubmovebor; improbum enim eſt petere, cauſa petendi finita, licet tempore initæ ſtipulationis nihil dolo admiſerim. Secundo, ſi cauſa non ſit ſequuta; ut ſi crediturus pecuniam, eam ſibi reddi ſtipulatus eſt, nec tamen credidit. Tertio tandem, *Si quis ſine cauſa ab aliquo fuerit ſtipulatus, deinde ex ea ſtipulatione experiatur,* verba Ulpiani ſunt, *exceptio utique doli mali ei nocebit; licet enim eo tempore, quo ſtipulabatur, nihil dolo malo admiſerit, tamen dicendum eſt, eum, cum litem conteſtatur, dolo malo facere, qui perſeveret ex ea ſtipulatione petere.*

Qua

Qua verba perperam accipiunt, qui putant, in hac ſpecie nullam intervenisse cauſam. Verius eſt, adfuiſſe quidem cauſam, quæ tamen deinde Facto vel Jure falſa reperta ſit. Id conſtat ex eo, quod Ulpianus ait, dolum non interveniſſe ſtatim initio, cum ſtipulatio celebrata eſt, ſed tunc demum, cum litem Stipulator conteſtabatur. Quare cauſa a principio adfuit, & inde tempore ſtipulationis dolus abfuit. Verum quia deinde cauſa hæc falſa deprehenſa eſt; ideo ſi eo non obſtante Stipulator litem conteſtetur, tunc tandem dolo facit: non ſecus quam dolo faceret, ſi cauſa eſſet finita, vel non ſequuta; eſt enim contra naturalem æquitatem, ut res mea ſit apud alterum ſine cauſa, *l.hæc conditio, ff.de condict.indeb.*

Nec, quod Ulpianus eam ſtipulationem ſine cauſa appellet, quidquam nos turbet; nam ut ex *tit.ff. de condict. ſine cauſa* patet, id ſine cauſa fieri dicitur, quod ſit vel ex falſa cauſa, ut ſi putans me tibi debere centum ex mutuo, ea tibi ſtipulanti promittam; vel ex cauſa impoſſibili, ut ſi Avunculo Nuptura pecuniam doti dederit. Et notandum, *ibidem* ab eodem Ulpiano in *l.1.* tres etiam caſus diſtingui, in quibus condictio datur, ſi dedi, quod ſine cauſa promiſi, vel ob cauſam non ſequutam, vel ob finitam. Unde docemur, ab eo, qui ſine cauſa promiſit, non ſolum Stipulatorem agentem doli exceptione repelli, *d.l.2.§.circa*; ſed datum & ſolutum condici: imo qui non dedit, poteſt ipſam condicere obligationem, *d.l.1.*

Ceterum pro complemento plura notanda ſunt. I. hæc vera eſſe, ſi ignoratum ſit a Promiſſore cauſam fuiſſe falſam: nam ſi ſcivit, & tamen promiſit, donaſſe cenſebitur. Conſtat id ex *l.Campanus, ff.de oper.libertor.* ubi ſervus ex cauſa fideicommiſſi manumiſſus, ſi ſciat poſſe ſe recuſare donum, munus, operas, & tamen ſe obliget, non inhibetur operarum petitio, quia donaſſe videtur: & ita verborum obligatio pro donatione eſt. Conſtat etiam ex *l.ſi patronus, §.de illa, ff.de donat.* ubi heres, qui ſcit ſibi Falcidiam competere, & non obſtante, quod per Falcidiam retinere poteſt, voluntatem teſtatoris ſequutus, ſpopondit ſe daturum, cogi poteſt ad ſolida præſtanda legata; nam & hic, cum heres nullam cauſam expreſſerit, donaſſe præſumitur, ut patet ex *tit.de donat.* ſub quo ea lex poſita eſt.

II. Conditionem Stipulationi adjectam habere vim cauſæ, Doctores ex *l.a Titio, ff.eod.* & *l.cum ad præſens, ff.de reb.cred.* Veluti ſi promittam tibi decem, ſi Romam iveris, cauſa promiſſionis eſt ipſa ad Romam itio: qua ceſſante, ſtipulatio nulla eſt. Quare Paulus de Caſtro in *l.in navem Sauſeji, num 4. ff.locati*, monet valere ſponſiones inter mercatores fieri ſolitas, ut ſi navis mercibus onuſta, ſalva appellat, qui periculum in ſe ſuſcipit, ſibi lucretur ternos vel quaternos aureos in ſingula centena, ſin minus, pretium totius mercis Domino ſolvat; nam ipſa conditio cauſam ſtipulationi præbet. Id ipſum poſt alios probat Decius *conſ.115. n.2.* Id vulgo dicitur *Aſſecuratio*. Hoc trahit Antonius Gomez *2. variar.11. num.5.*

Digitized by Google

num.5. ad eam ſponſionis ſpeciem, quam nos *Ingaggio* dicimus, Hiſpani *Appuega*, ut cum dicitur: *Si Mævia maſculum pepererit, decem dabis; ſin minus, ego tibi tantundem dabo*. Hæc fit pignore. Ovidius 1. *de arte amandi*.

Et quærit, poſito pignore, vincat uter.

III. Quoties apud Veteres reperimus exempla ſtipulationum ſine cauſa adjecta, eas donationibus eſſe accenſendas, ut inter ceteras, eſt illa apud Plautum, cum Pſeudolus, & Callidorus ita ſtipulationem concipiunt.

P. Roga me viginti minas,
Ut me effecturum tibi quod promiſi ſcias.
Roga. C. obſecro hercle. P. geſtio promittere.
C. Dabiſne argenti mihi hodie viginti minas?
P. Dabo.

IV. Dum dicimus, actum ſine cauſa expreſſa inducere donationem, id locum habere in ſtipulatione aut promiſſione ipſa: ſecus ſi in chirographo, aliave ſcriptura, quæ non interponatur ad obligationem producendam, ſed ad probandum; ut ſi dixeris, te debere, ſine cauſæ expreſſione: quo caſu attendendum eſt, quod ſtatuitur in *l. cum de indebito, § fin. ff. de probat.* ubi ſi quis confeſſus eſt, ſe alteri decem debere, cauſa non adjecta, mox neget debitum, adverſarius probare tenetur debitum, & debiti cauſam oſtendere. Quod eſt relatum a Gregorio IX. in *cap. ſi cautio, de fide inſtrum.* Idque factum eſt ad exemplum teſtium, quorum ſola & nuda depoſitio fidem non facit, *l. ſolam, C. de teſtibus*: & in litibus exercendis eandem vim habent teſtes, ac inſtrumenta, *l. in exercendis, C. de fide inſtrument.*

Utrum Tabellio pro abſente, etiam citra mandatum, ſtipulari poſſit.

QUÆSTIO II.

PUta, Titius hic agens donatum vult Sempronio Romæ commoranti, ideſt, abſenti; & quia abſenti facta donatio non valet, *l. in omnibus, ff. de oblig. & act.* ideo Titius donator adhibet Tabellionem, qui rem donatam ſtipulatur Sempronio, & ſuper ea re inſtrumentum conficit. Quæritur, an hæc donatio ita abſenti facta, per ſtipulationem Tabellionis ſibi conſtet, & valeat.

Et Donellus in *l. ſtipulatio iſta, § alteri, num. 33. ff. eod.* generatim docuit, hoc genus ſtipulationis, ſive pro donatione, ſive pro quacunque alia cauſa interponatur, Juri eſſe contrarium. Et in ſpecie donationis Hotomanus 4. *obſ.* 10. Giphanius in *l. 35. C. de donat.* volunt, hujuſmodi do-

Digitized by Google

nationem ſubſtineri non poſſe: quam opinionem deinceps Antonius Faber *dec.*44.*err.*2. omni niſu firmare conatus eſt. Idque ex vulgata regula, neminem alteri recte ſtipulari; cum inventæ ſint ſtipulationes, ut quiſque ſibi acquirat quod ſua intereſt: at vero plerumque noſtra non intereſt, alteri dari, *d.l.ſtipulatio iſta, §.alteri*; ut propterea Tabellio alteri ſtipulando nihil agat, nullamque donatario neque directam neque utilem actionem acquirat, cum donatario acquiri nihil ſua interſit.

Ita tamen hoc temperat Faber *loc. cit. num.*5. *& ſequ.* ut ſtipulatio hæc nullum robur habeat, qua ſtipulatio eſt, & e diverſo valeat, ut pollicitatio eſt: nempe quia ex Juſtiniani conſtitutione actio condictitia, vel quod idem eſt, condictio ex lege acquiratur ei, cui per pollicitationem donatum eſt, *l.ſi quis argentum, §.ſed ſiquidem, C.de donat.* Sed in hac ſententia non diu Faber conſtans fuit; nam in *ead.dec.*44. *err.*3. *n.*6. palam conteſtatus eſt, donationem per Tabellionis ſtipulationem factam omnino inutilem eſſe, & qua ſtipulatio eſt, & qua pollicitatio, ut Juſtiniani conſtitutione ſubſtineri non poſſit. Qui enim donandi animo promiſit ſtipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut ſe obligatum eſſe, quam ſi valeat ſtipulatio. Ideo ſi qua ratione ſtipulatio ſit inutilis, donationem quoque inutilem eſſe neceſſe eſt, ut ne quidem in vim pacti defendatur ſtipulatio: ſiquidem inutilis ſtipulatio pactum in ſe utile non habet, *l.*1. *§.eum qui inutiliter, ff.de conſtit.pec. l.*1. *§.ſi quis ita, ff.eod.* Si modo excipias Acceptilationem, quæ licet per ſtipulationem inutilem interponatur, continet tamen pactum utile de non petendo (veluti ſi pro tollenda mutui obligatione acceptum feratur ſine Aquiliana ſtipulatione) ſi is, qui accepto tulit, ſtipulationem inutilem eſſe neſciebat, *l.an inutilis, ff.de acceptilat.* ubi Azo: favore nimirum liberationis, ad quam ſemper debemus eſſe propenſiores, *l.Arrianus, ff.de oblig.& act.* Excipiendus eſt etiam favor dotis, ex *l.Cajus, ff.ſol.matr.* ubi Avus maternus dotans Neptem, pactus eſt cum ſtipulatione dotem Nepti reſtitui. Stipulatio quidem inutilis eſt, quia nemo alteri recte adſtipulatur; tamen ex pacto Nepti actio utilis acquiritur, ne commodo dotis fraudetur.

Quod ſi Fabro objicias, Patrem infanti emancipato poſſe donare, ſi ſervus idoneus pro infante donationem ſtipuletur: id eſt, ſervus infantis, vel ſi hic deſit, ſervus publicus, *l.ſi quis in emancipatum, C.de donat.* juncta *l.ſi pupillus abſens, ff.rem pupilli*, & *l.*1. *§.exigere, ff.de magiſtr. conven.*

Reſpondet Faber I. ſtultum eſſe, Tabelliones ſervis publicis comparare; nam inde conſequens eſſet, Tabellionem caput nullum habere in Civitate, ut nec ſervus habet, ſive publicus ille ſit, ſive privatus. Sicut hoc falſum eſt, ita & falſum erit id, unde ſequitur.

II. Licet demus, hanc Servi publici, & Tabellionis comparationem recte inſtitutam eſſe, non tamen inde fit, poſſe Tabellionem ſtipulari pro donatario abſente & ignorante, cum neque id ſervis publicis unquam per-

permiſſum fuerit. Caſus enim *d.l.ſi quis in emancipatum* ſingularis eſt, ita ſtatutus favore Infantis, qui neque per ſe ſtipulari poteſt, neque alteri mandare, ut ſuo nomine ſtipuletur, cum fari neſciat; receptum enim eſt, poſſe aliquid contra Juris rationem pro Infante conſtitui, *l.ſi Infanti, C. de Jure deliber. l.1. ff.de bonor. poſſeſſ.fur.* ut latius ipſe Faber proſequitur.

Communis tamen conſuetudo, tota Europa recepta, ſtatuit, Tabellionem recte pro donatario abſente ſtipulari, ex quo utilis actio ipſi donatario acquiratur, dummodo eam ſtipulationem aliquando ratam habeat. Sic Bartolus in *l.2.ff.rem pup.ſalv.fore*, Soccin. Jun. *conſ.*117. *col.pen. lib.*2. aliique communiter apud Covart.in *rubr.de teſtam. par.*3. *num.*13. Quæ ſententia & conſuetudo probabili ratione nititur. Quod ut plene intelligamus, quædam tum de ſervis publicis, tum de Tabellionibus & Tabulariis præfanda ſunt, ex harum enim rerum ignoratione mirum eſt, quanta caligo huic quæſtioni offuſa ſit.

Servi publici erant, qui ære publico emti, interdum Civitatum & Provinciarum rationes tractabant, eoque Archio præficiebantur, ut aperte conſtat ex T.Livio *lib.*43. in hæc verba: *Cenſores ex templo in atrium Libertatis aſcenderunt, & ibi ſignatis tabellis publicis, clauſoque tabulario, & dimiſſis ſervis publicis, negarunt, &c. l.generali, C.de tabular. lib.*10. Tabularium eſt, ubi tabulæ, & inſtrumenta publica, monumentaque rerum geſtarum, actarumque, aſſervabantur, ut hinc patet, & ex Cic.2. *de nat.Deor.* quodque Plinio & Vitruvio *Tablinum* dicitur, & in *l.moris eſt, ff.de pœnis*, græce *Grammatophylacium*, & *Archium* nuncupatur, ut notat Budæus in *annotat. reliquis*. Huic Servi publici præfecti erant. Erant etiam alii Servi publici aliis muneribus propoſiti. Vellejus *lib.*2. *Ad quem (Marium) interficiendum miſſus cum gladio Servus publicus.*

Eos habebant etiam Municipia, quæ per ipſos Jure ſingulari poterant poſſeſſionem acquirere tam ex cauſa peculiari, quam extra peculiarem, *l.2. ff.de acqu.poſſeſſ. l.ſive autem, §.ult. cum l.ſequ. ff.de Public.*

Hi etiam, quia Reipublicæ ſervi erant, recte ſtipulari pro Republica poterant, eique ſtipulando acquirere, *l.Cajus Sejus, ff.de uſuris*; non enim alia ratio in ſervo publico, quam privato, eſſe debet, qui Domino etiam ignoranti & invito ſtipulando acquirit, *l.ſervus vetante, ff. eod. l.etiam* 32. *ff.de acq.rer.dom.*

Verum quia utilitas, quæ ex ſervo publico percipi poteſt, etiam ad privatos pertinere debet, factum inde eſt, ut pro quovis privato is ſtipulari poſſit. Quod perperam negat Faber; nam etſi in *d.l.*1. *§.exigere, ff.de magiſt.conven.* Ulpianus ſcribat, pro Infante, qui ſervum non habeat, ſtipulari debere ſervum publicum; tamen id non favore Infantis ſolius receptum eſt; nam ipſe Ulpianus in *l.pupillas abſens, ff.rem pupil.ſalv.fore.* ſcribit, hoc idem eſſe, ſi pupillus abſens ſit, licet fari poſſit.

nationem ſuſtineri non poſſe: quam opinionem deinceps Antonius Faber *dec.44.err.2.* omni niſu firmare conatus eſt. Idque ex vulgata regula, neminem alteri recte ſtipulari; cùm inventæ ſint ſtipulationes, ut quisque ſibi acquirat quod ſua intereſt: at vero plerumque noſtra non intereſt, alteri dari, *d.l.ſtipulatio iſta, §.alteri*; ut propterea Tabellio alteri ſtipulando nihil agat, nullamque donatario neque directam neque utilem actionem acquirat, cum donatario acquiri nihil ſua interſit.

Ita tamen hoc temperat Faber *loc. cit. num.5. & ſequ.* ut ſtipulatio hæc nullum robur habeat, qua ſtipulatio eſt, & e diverſo valeat, ut pollicitatio eſt: nempe quia ex Juſtiniani conſtitutione actio condictitia, vel quod idem eſt, condictio ex lege acquiratur ei, cui per pollicitationem donatum eſt, *l.ſi quis argentum, §.ſed ſiquidem, C.de donat.* Sed in hac ſententia non diu Faber conſtans fuit; nam in *ead.dec.44. err.3. n.6.* palam conteſtatus eſt, donationem per Tabellionis ſtipulationem factam omnino inutilem eſſe, & qua ſtipulatio eſt, & qua pollicitatio, ut Juſtiniani conſtitutione ſuſtineri non poſſit. Qui enim donandi animo promiſit ſtipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut ſe obligatum eſſe, quam ſi valeat ſtipulatio. Ideo ſi qua ratione ſtipulatio ſit inutilis, donationem quoque inutilem eſſe neceſſe eſt, ut ne quidem in vim pacti defendatur ſtipulatio: ſiquidem inutilis ſtipulatio pactum in ſe utile non habet, *l.1. §.cum qui inutiliter, ff.de conſtit.pec.l.1. §.ſi quis ita, ff.eod.* Si modo excipias Acceptilationem, quæ licet per ſtipulationem inutilem interponatur, continet tamen pactum utile de non petendo (veluti ſi pro tollenda mutui obligatione acceptum feratur ſine Aquiliana ſtipulatione) ſi is, qui accepto tulit, ſtipulationem inutilem eſſe neſciebat, *l.an inutilis, ff.de acceptilat.* ubi Azo: favore nimirum liberationis, ad quam ſemper debemus eſſe propenſiores, *l.Arrianus, ff.de oblig.& act.* Excipiendus eſt etiam favor dotis, ex *l.Cajas, ff.ſol.matr.* ubi Avus maternus dotans Neptem, pactus eſt cum ſtipulatione dotem Nepti reſtitui. Stipulatio quidem inutilis eſt, quia nemo alteri recte adſtipulatur; tamen ex pacto Nepti actio utilis acquiritur, ne commodo dotis fraudetur.

Quod ſi Fabro objicias, Patrem infanti emancipato poſſe donare, ſi ſervus idoneus pro infante donationem ſtipuletur: id eſt, ſervus infantis, vel ſi hic deſit, ſervus publicus, *l.ſi quis in emancipatum, C.de donat.* juncta *l.ſi pupillus abſens, ff.rem pupilli*, & *l.1. §.exigere, ff.de magiſtr. conven.*

Reſpondet Faber I. ſtultum eſſe, Tabelliones ſervis publicis comparare; nam inde conſequens eſſet, Tabellionem caput nullum habere in Civitate, ut nec ſervus habet, ſive publicus ille ſit, ſive privatus. Sicut hoc falſum eſt, ita & falſum erit id, unde ſequitur.

II. Licet demus, hanc Servi publici, & Tabellionis comparationem recte inſtitutam eſſe, non tamen inde fit, poſſe Tabellionem ſtipulari pro donatario abſente & ignorante, cum neque id ſervis publicis unquam per-

Digitized by Google

permiſſum fuerit. Caſus enim *d.l.ſi quis in emancipatum* ſingularis eſt, ita ſtatutus favore Infantis, qui neque per ſe ſtipulari poteſt, neque alteri mandare, ut ſuo nomine ſtipuletur; cum fari neſciat; receptum enim eſt, poſſe aliquid contra Juris rationem pro Infante conſtitui, *l.ſi Infanti, C. de Jure deliber. l.1. ff.de bonor. poſſeſſ.fur.* ut latius ipſe Faber proſequitur.

Communis tamen conſuetudo, tota Europa recepta, ſtatuit, Tabellionem recte pro donatario abſente ſtipulari, ex quo utilis actio ipſi donatario acquiratur, dummodo eam ſtipulationem aliquando ratam habeat. Sic Bartolus in *l.2. ff.rem pup. ſalv.fore*, Soccin. Jun. *conſ.* 117. *col.pen. lib.*2. aliique communiter apud Covarr. in *rubr.de teſtam. par.*3. *num.*13. Quæ ſententia & conſuetudo probabili ratione nititur. Quod ut plene intelligamus, quædam tum de ſervis publicis, tum de Tabellionibus & Tabulariis præfanda ſunt, ex harum enim rerum ignoratione mirum eſt, quanta caligo huic quæſtioni offuſa ſit.

Servi publici erant, qui ære publico emti, interdum Civitatum & Provinciarum rationes tractabant, coque Archio præficiebantur, ut aperte conſtat ex T.Livio *lib.*43. in hæc verba: *Cenſores ex templo in atrium Libertatis aſcenderunt, & ibi ſignatis tabellis publicis, clauſoque tabulario, & dimiſſis ſervis publicis, negarunt, &c. l.generali, C.de tabular. lib.*10. Tabularium eſt, ubi tabulæ, & inſtrumenta publica, monumentaque rerum geſtarum, actarumque, aſſervabantur, ut hinc patet, & ex Cic.2. *de nat.Deor.* quodque Plinio & Vitruvio *Tablinum* dicitur, & in *l.moris eſt, ff.de pœnis*, græce *Grammatophylacium*, & *Archium* nuncupatur, ut notat Budæus in *annotat. reliquis*. Huic Servi publici præfecti erant. Erant etiam alii Servi publici aliis muneribus propoſiti. Vellejus *lib.*2. *Ad quem* (*Marium*) *interficiendum miſſus cum gladio Servus publicus.*

Eos habebant etiam Municipia, quæ per ipſos Jure ſingulari poterant poſſeſſionem acquirere tam ex cauſa peculiari, quam extra peculiarem, *l.2. ff.de acqu.poſſeſſ. l.ſive autem, §.ult. cum l.ſequ. ff.de Public.*

Hi etiam, quia Reipublicæ ſervi erant, recte ſtipulari pro Republica poterant, eique ſtipulando acquirere, *l.Cajus Sejus, ff.de uſuris*; non enim alia ratio in ſervo publico, quam privato, eſſe debet, qui Domino etiam ignoranti & invito ſtipulando acquirit, *l.ſervus vetante, ff. eod. l.etiam* 32. *ff.de acq.rer.dom.*

Verum quia utilitas, quæ ex ſervo publico percipi poteſt, etiam ad privatos pertinere debet, factum inde eſt, ut pro quovis privato is ſtipulari poſſit. Quod perperam negat Faber; nam etſi in *d.l.*1. *§.exigere, ff.de magiſt.conven.* Ulpianus ſcribat, pro Infante, qui ſervum non habeat, ſtipulari debere ſervum publicum; tamen id non favore Infantis ſolius receptum eſt; nam ipſe Ulpianus in *l.pupillus abſens, ff.rem pupil.ſalv.fore.* ſcribit, hoc idem eſſe, ſi pupillus abſens ſit, licet fari poſſit.

Nec tamen inde concludi poteſt, quod ſi non eſt favore Infantis, erit ſaltem favore Pupilli, ut pro eo Servus publicus ſtipuletur: nam neque id verum eſt. Ecce, in *l.non aliter, ff.de adoption.* Servus publicus ſtipulatur pro aliis, quam pupillo. Cum quis pupillum ſibi in filium arrogat, opus eſt ut caveat, ſe reſtituturum bona pupilli illis, qui pupillo morienti heredes ab inteſtato ſunt, vel ſubſtitutis pupillaribus, ſi quos a Patre habet in teſtamento datos. Hanc cautionem ſtipulatur Servus publicus, *d.l.non aliter.* Quare jam Servus publicus ſtipulatur non pro Pupillo, nec cum eo; ſed cum Patre arrogatore pro Pupilli heredibus.

Maneat ergo, ſervum publicum pro omnibus ſtipulari, non tamen ſemper, ſed aliqua neceſſitate ita ſuadente; nam pro pupillo abſente, vel infante, ita demum itur ad ſervum publicum, cum is ſervum proprium non habet. Ita etiam ſervus publicus ex neceſſitate quadam ſtipulatur pro pupilli heredibus; nam heredes hi ſtipulari per ſeipſos nequeunt, cum incertum ſit, quinam futuri ſint, pupillo vivo. Id ipſum eſt in *d.l.ſi quis in emancipatum, C.de donat.* Species ita ſe habet. Finge patrem filio infanti, quem emancipaverat, donatum velle. Sane non poteſt ipſe Infans donationem acquirere, ſeu recipere, quia rei affectum non habet: neque Pater, idemque legitimus tutor, ei hac parte tutor eſſe poteſt, quia in rem ſuam nemo auctor eſt. Quid igitur? quoniam alia via hic nodus expediri nequit, placuit ut Servus idoneus adhiberetur, id eſt, proprius, ſi adſit; ſin minus, publicus, qui nomine Infantis donationem ſtipuletur. Alius caſus eſt, ſi extraneus huic Infanti emancipato donare velit; nam perfici ſtipulatio poſſet auctore tutore, id eſt, Patre ipſo, ut Joannes notat, & monet Gothofredus in *d.l.ſi quis in emancipatum, C.Theod.de donat.*

Ceterum his caſibus ſtipulatus ſervus pro alio, non quia ſervus, ſed quia publicus. Quod palam fit ex eo, quia Imperator Arcadius removit a Tabulario ſervos publicos; voluitque ad id muneris non alios, quam homines liberos aſſumi, *l.generali, C.de Tabular. lib.*10. Quocirca jam tempore Juſtiniani, qui diu poſt Arcadium floruit, Tabularii amplius ſervi publici non erant, ſed liberi homines: & tamen hi, licet liberi, cum Patre arrogatore ex Juſtiniano ſtipulantur pro pupilli heredibus, ut olim ſervi publici. Conſtat id ex *§.cum autem impubes, Inſtit.de adopt.* in hæc verba: *Quibus conditionibus arrogatio ſit, id eſt, ut caveat Arrogator perſonæ publicæ, hoc eſt, Tabulario, ſi intra pubertatem Pupillus deceſſerit, reſtituturum ſe bona illis, qui ſi adoptio facta non eſſet, ad ſucceſſionem ejus venturi eſſent.* Idem habet Theophilus. Sic liber homo ex hoc, quod publicus eſt, licite pro alio ſtipulatur. Et hac de cauſa in *d.l.1.§.exigere* ad ſtipulandum pro Pupillo admittitur non modo Servus publicus, ſed Magiſtratus, nempe quia publicus eſt.

Progrediamur modo ad Tabelliones. Hi ſunt, qui contractuum, & teſtamentorum inſtrumenta conſcribebant, *Nov.44.de Tabell. Nov.97.de inſtrum.caut. l.1. C.Theod. de crim.falſi*, cum aliis collectis a Gothofredo ad

ad *l.1. C. Theod. de decurion.* Et recte deſcribuntur a Suida *v.* ταβελλίων, ita: ταβελλίων, ὁ τὰ τ πόλεως γράφων συμβόλαια, ὁ παρὰ τοῖς πολλοῖς νομικὸς λεγόμενος, ideſt: *Tabellio eſt, qui Civium inſtrumenta ſcrivit, & a multis Nomicus*, id eſt *Juris ſtudioſus dicitur.* His conſimilia habet in *v.* πρωτὸς ἐμιστηνός. Ideo autem dicti *Nomici*, quia in ipſis aliqua ſaltem legum peritia deſideratur, *Nov.66. §.1.in princ.* At νομικὸς melius interpretabimur *Legitimus*; quod acta legitima reddat.

Sunt ergo Tabelliones, quos vulgo dicimus *Notarios*, omnino alii a Tabulariis, qui archio præficiebantur. Quocirca Tabellio & Tabularius invicem diſtinguuntur in *d. Nov.44.* ubi inſtrumentum profertur completum a Tabellione, & ſubſcriptum a Muliere literarum ignara, Tabularii manu, ut *gl.* Dionyſii habet; quamquam male confundantur a Goveano 2. *lect.10.* & Forcatulo *dial.98. num.3.* ut etiam ante ipſos confudit Accurſius in *d.l ſi pupillus abſent, & d.l.non aliter.*

His ita poſitis, facile patet opinionem communem Doctorum probabili ratione niti, cum ait poſſe Tabellionem pro donatario abſente valide ſtipulari, etiam citra mandatum; quandoquidem ideo Tabulario, ſive ſervo ſive libero homini, fuit olim licitum alteri ſtipulari, quia publica perſona cenſebatur. Ergo Tabellio recte hodie alteri ſtipulatur, quia & ipſe publica perſona eſt. Nulla enim ratio diſparitatis adeſt, cur uni publico Viro non liceat, quod alteri licet; quoties id ei ſolum licet, quia publicus eſt, & non alia de cauſa.

Petes, cur olim Tabulario hæc ſtipulandi poteſtas conceſſa fuit, non Tabellioni; hodie vero e contrario conceſſa ſit Tabellioni, & Tabulario ademta? Reſponſio facile occurrit, quia olim inſtrumenta omnia, etiam ſingulorum Civium, licet a Tabellione ſcripta, apud Tabellarios tamen fiebant, & apud eoſdem reponebantur: unde ipſi chartas debitorum tractabant, *l.3. C.Theod.de indulgentiis debitorum*: item prodebant debitorum nomina, *l.16. C.Theod.de exaction.* Id ipſum eſt de teſtamentis, quæ in æde deponi dicuntur in *l.cetera, §.fin. ff.fam. erciſc.* Nam Tabularium erat in æde Libertatis, Livio teſte. Auguſtus teſtamentum depoſuit apud Virgines Veſtales, Suet. in *Auguſto cap.100.* Hodie vero ſecus eſt, nam a Tabellionibus inſtrumenta conficiuntur, coram ſe ipſis, & ab iiſdem aſſervantur. Propterea in quantum ad hoc vicem Tabulariorum hodie ſubeunt ipſi Tabelliones. Quo magis magiſque noſtra ſententia firmatur; nam ſi in illorum locum hi ſubrogati ſunt, conſequens eſt, ut quod ipſis licitum erat, liceat & iſtis, argumento ex *l ſi cum, §.qui injuriarum, ff.ſi quis cantion.*

Cum vero Faber ait, obſtare regulam, qua nemo poteſt alteri ſtipulari, niſi ſua interſit; dicimus, eam locum habere in perſonis privatis, ceſſare in publicis, ut ex dictis conſtat. Imo publica perſona, cum pro abſente ſtipulatur, quodammodo agit quod ſua intereſt; ſua, in quantum, non ut privatus homo eſt; ſed ſua, ut publicus.

Hinc

Hinc colligitur I. recte alterum ex Conjugibus donare Filio primo naſcituro in ſponſalibus, ſtipulante pro eo ipſo Tabellione, ita ut Filio, cum natus fuerit, actio præſtanda ſit, Guil. de Bened. in *cap.Raynutius num.*197. *de teſtam.* Guid.Pap. *qu.*267.

Id tamen male probant ex *l.inter virum*, *ff.de pact. dotal. l.ſi interdum, ff.de pactis*, *l.Divi*, *in princ. C.de natural.lib. l.ſi quis operas*, *ff.de oper.libert.* Nam in his legibus non agitur de donatione facta Filio naſcituro, ut eſt in ſpecie noſtra; ſed agitur de donatione inter præſentes facta, addito tamen pacto, ut ſi Filius naſceretur, ad eum donatio rediret. Quo caſu ſtipulatio utilis eſt, quia facta inter præſentes, & propterea pactum in ea additum, utile etiam eſt, *l.pacta conventa*, *ff. de contr. emt. l.pater pro filio, C.de pactis.*

Melius ergo probatur ex *d.l.non aliter*, *ff.de adopt.* juncto *d. §.cum autem impubes, Inſtit.cit.tit.* ubi homo publicus recte ſtipulatur pro pupilli heredibus, quicunque futuri ſint, quamquam tempore ſtipulationis adhuc non nati.

Objicies cum Hotomano 4.*obſ.*18. ad donationem exigi affectionem & acceptionem donatarii, ſine qua evaneſcit, *l.Seja, ff.de mort.cauſa donat. l.quidam referunt*, *ff. de Jure codicill.* Quæ affectio & acceptio non eſt in non nato, imo nec in infante, *l.*3. *C.de acqu.poſſeſſ. l.ſi quis, C.de donat.* Quod etiam habet Giphanius *num.*21. Henricus Bocerus *de donat. cap.*1. *num.*2.

Sed dicendum eſt, nos vel per noſmetipſos acquirere, vel per alium. Primo caſu requiri noſtram affectionem & acceptionem. Secundo non item, cum ſatis ſit, hæc eſſe in eo, qui nobis acquirit. Quod patet exemplis; nam cum ad poſſeſſionem opus ſit affectione detinendi, factum eſt ut furioſus & infans, quorum affectio nulla eſt, non poſſint poſſeſſionem per ſeipſos adipiſci. Receptum tamen eſt utilitatis cauſa, ut eam acquirant auctoritate tutoris, vel curatoris: nam illorum judicium horum auctoritate ſuppletur, *l.*1. *§.ſed furioſus*, *l.quamvis*, *§.infans*, *ff.de acqu. poſſeſſ.* Ita quoque receptum eſt, ut iidem acquirant poſſeſſionem per ſervos, tum in aliis caſibus, *d.§.infans*, tum præſertim in donatione, *d.d.ſi quis in emancipatum.* Quocirca in ſpecie noſtra, licet filii nondum nati nulla affectio ſit, non tamen inde fit, ut per publicam perſonam ei acquiri non poſſit, quæ ejus nomine ſtipuletur.

Colligitur II. ex hac ſtipulatione donatario abſenti actionem acquiri, & quidem utilem, ſine Tabellionis ceſſione; nam in *l.non quaſi*, *ff.rem pupilli*, Ulpianus ſermonem habens de ſtipulatione per ſervum publicum rem pupilli ſalvam fore, ait: *Non quaſi ipſo Jure pupillo acquirat (neque enim acquirit) ſed utilis actio ex ſtipulatu pupillo datur.* Idem habetur in *l.*1. *§.exigere, ff.de Magiſtr.conven.*in hæc verba: *Plane ubi ſervus publicus, vel ipſe Magiſtratus, ſtipulatur, dicendum eſt, utilem actionem pupillo dandam.* Ergo eodem modo, ubi abſenti Tabellio ſtipulatur, ipſi ab-

ſenti

Digitized by Google

ſenti utilis actio ſine ceſſione acquiritur.

Alia tamen eſt ſententia Fabri *dec.47.err.2.n.13.& ſeqq.* qui hæc vera eſſe fatetur, ſervo publico ſtipulante; qui cum ſibi nihil, & in conſequens neque directam actionem acquirere poſſit, acquirit alteri utilem. At negat locum habere in Tabellione, qui cum homo liber ſit, ſibi directam actionem acquiret, quam deinde cedere tenebitur ei, cui adſtipulatus eſt. Movetur exemplo Procuratoris, qui eam actionem, quam ſtipulando acquirit, cogitur actione mandati cedere Domino, *l.poſſeſſio, §.fin. ff.de acqu.poſſeſſ.* ita tamen, ut in ſpecie noſtra, ubi mandatum abeſt, competat donatario actio negotiorum geſtorum, ut cedat, quæ actio ſolet competere, cum deficit actio mandati, *l.mandati, ff.de negot.geſt.l.ex mandato, §.1. ff. mandati*.

Negamus tamen I. exemplum; nam Procuratur, ubi Domino ſtipulatur, non ſibi directam, ſed Domino utilem actionem ſine ceſſione acquirit, *l.cauſæ, §.ult. ff.de procurat.* ibi: *Et licet Procuratori commiſſa ſit ſtipulatio, tamen Domino erit danda utilis ex ſtipulatu actio: directa penitus tollenda*. Quem textum fruſtra Faber Triboniano imputat. Et ratio eſt, quia tunc quis acquirit ſibi directam actionem, cum ſibi ſtipulatur: quod non facit Procurator, qui ſtipulatur non ſibi, ſed Domino; ita: *Promittis Titio Domino meo?* vel *Mihi ut procuratori Titii?* Quare utilem tantum Domino acquiret; quia ſtipulari per Procuratorem *utilitatis cauſa*, id eſt, negotiorum expediendorum gratia, receptum eſt, *l.1. l.per Procuratorem, C.de acqu.poſſ.* Paulus 5. *ſent.2.*

Neque obſtat Papinianus in *d.l.poſſeſſio, §.fin.* ubi *Evictionis actio Domino contra Venditorem, invito Procuratore, non datur: ſed per actionem mandati eam cedere cogitur*. Nam hic ſermo eſt de Procuratore, qui rem emit nomine ſuo, licet mandato Domini, ut propterea ſibi directam actionem, non Domino utilem, quærat.

Negamus II. in *citt.ll.* Servum publicum ideo Pupillo actionem utilem acquirere, quia ſervi publici nihil acquirere poſſunt; negamus, inquam, tum quia in *d.l.1. §.exigere*, ſermo eſt etiam de Magiſtratu, ſeu Prætore Tutelari, qui ſibi recte acquirit: tum etiam quia falſum eſt, ſervos publicos Populi Romani nihil ſibi acquirere potuiſſe: nam dimidia parte teſtamenti faciendi Jus habebant, ut ex Ulpiano in *tit. de teſtam.* notat Goveanus 2. *lect.10. in fine*.

De effectibus Stipulationis.

CAPUT III.

SI generatim ſermo ſit, Stipulatio operatur, ut actus, cui adjicitur, firmior ſit: quod tradit Paulus 5.*ſent.*8. in hæc verba: *Obligationum fir-*

Digitized by Google

firmandarum gratia Stipulationes inductæ ſunt. Et inde Stipulatio nomen ſortitur a *Stipulo*; *Stipulam* enim Veteres firmum appellarunt, ut ibidem notat Paulus, & Juſtinianus in *Inſtit. hoc tit.* Hæc tamen generalis propoſitio, ut recte intelligi queat, examinanda eſt in variis actuum generibus, quibus Stipulatio adjici ſolet. Et I. videamus de viribus Stipulationis in Pactis.

Pacta Jure Civili nihil operantur, ut quæ ipſo Jure nec actionem, nec liberationem tribuunt; ideoque Debitor, qui de non petenda pecunia cum Creditore paciſcitur, adhuc eam debet, nec eſt ullo modo liberatus, *l.3. §.1. ff. de conſtit. pecun. l. creditori, C. de pactis*. Jus enim Civile certos conſtituit modos ſolvendæ aut inducendæ obligationis, in quibus Pacta non ſunt, ut *lib.3. Inſtit.* patet.

Verum Prætor cernens, nihil eſſe tam fidei congruum, quam pacta ſervari, in Edicto ait, *Pacta conventa ſervabo, l. juris gentium, §. Prætor, ff. de pactis.* Quibus verbis Prætor voluit, ut ex pacto concedatur liberatio, non quidem ipſo Jure, ſed per exceptionem, *d. l. juris gentium, §. ſed cum nulla.* Quare qui pactus eſt non petere, ſi petat, de Jure honorario pacti exceptione repelletur a Debitore, qui eodem Jure dicitur jam liberatus, *d. l. 3. §. 1.* & *d. l. creditori*.

De Jure vero naturali omnia ſecus ſunt, nam ex pactis naturalis obligatio naſcitur, *l. in his, §. Imperator, ff. de ſolution.* ubi ex pacto uſuræ naturaliter deberi dicuntur, ex ſtipulatione civiliter. Item naturalis obligatio tollitur, *l. Stichum, §. naturalis, ff. cit. tit. l. qui exceptionem, §. ult.* juncta *l. ſi non ſortem, §. libertus, ff. de condict. indeb.* Cujacius in *d. l. 1. in princ. ff. de pactis*.

Hinc ut pacta efficacia de Jure civili ſint, opus eſt, ut eis Stipulatio addatur, competet enim ex ſtipulatu actio. Quocirca Paulus *2. ſentent. 22.* conſuluit, ut omnibus pactis Stipulatio ſubjiciatur, ad hoc ut ex ſtipulatu actio naſci poſſit: & Ulpianus notat, fere noviſſima parte pactorum ita ſolere inſeri; *Rogavit Titius, ſpopondit Mævius, d. l. juris gentium, §. quod fere.* Ita ergo Tranſactio pactum eſt, non contractus, & a contractu ſeparatur in *l. contractus, C. de fide inſtrum.* Propterea cum ſimplex eſt, ſolo pacto inita, non extinguit actionem, licet eam exceptione pacti elidat: at actionem extinguit, ſi fiat per Aquilianam Stipulationem, & Acceptilationem, *l. ſi ſuperſtite, C. de dolo*.

II. Videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Innominatis. Et quidem ipſis Stipulatio robur addit primo, quia in articulo *Do ut facias* locum habet pœnitentia ex parte ejus, qui adimplevit, & poteſt is quod dedit repetere, tanquam cauſa data, cauſa non ſequuta, *l. ſi pecuniam, ff. de condict. cauſa data.* Exempli gratia, ita convenitur: *Dabo tibi Stichum, ut Capuam eas:* deinde ego tibi Stichum dedi, antequam tu Capuam ire pergas, id eſt, re integra: licet mihi pœnitere, & Stichum condicere; ita tamen, ut ſi quos ſumtus ob iter jam erogaſti, rependam

quod

Digitized by Google

quod tua intereſt, *d.l.ſi pecuniam, in princ.* Quæ pœnitentia non eſt licita ei, qui rem accepit; nam hæc pœnitentia faceret injuriam ei, qui dedit, & jam ex parte ſua adimplevit, ut *ibidem* notat Accurſius, verbis, *Sed cum liceat pœnitere.* Hæc eadem locum habent in articulo, *Do ut des*; qui articulus ſimilis eſt emtioni, ut articulus *Do ut facias*, proximus eſt locationi; & ſicuti emtio cognata eſt locationi, ita hi articuli inter ſe.

Id ipſum eſt, ſi qui facere promiſit, antequam ſibi detur, faciat, ſeu in faciendo antevertat; nam ſi factum ſit revocabile, pœnitentia licita erit. Puta ita conventum eſt: *Dabo Stichum, ut equum tradas.* Tu antevertiſti me, & equum tradidiſti, priuſquam ego tibi dem Stichum. Tibi pœnitere licet: nulla enim ratio præſtari poteſt, cur danti licita ſit pœnitentia, facienti non item, quoties factum eſt revocabile. Nec obſtat *l.cum mota, C.de tranſact.* ubi denegatur pœnitentia: nam in eo textu conventio hæc, *Dabo partem bonorum, ut a lite diſcedas*, fuit interpoſita ob tranſactionem; & tranſactio ſemel bona fide finita, non reſcinditur, *l.quamvis, l.ſub prætextu, C.cit.tit.* quia publice intereſt lites dirimi, *l.ult. ff.pro ſocio, l.quidam, ff.de reb.cred.*

Ex his conſtare poteſt, pœnitentiæ locum eſſe etiam in duobus reliquis articulis, *Facio ut des*, *Facio ut facias*, ſi factum ſit revocabile. *Facio ut facias*, ſimilis eſt Mandato reciproco: ſed *Facio ut des*, nulli civili negotio comparatur, ut monet Cujacius in *d.l.Juris gentium*. Fortaſſe tamen, ſi agit, qui dedit, eſt *Do ut facias*; contra ſi agat, qui fecit, eſt *Facio ut des.* Sed meminiſſe oportet, in his omnibus articulis, re ex utraque parte integra, utrique Contrahenti indiſtincte licitam eſſe pœnitentiam, altero invito, Doctores communiter in *d.l.ſi pecuniam.*

Jam ſi his articulis ſubjiciatur Stipulatio, robur accipiunt, & pœnitentiæ locus amplius non eſt, Bart. in *l.2.in fine, C.de condict.ob cauſam,* Bald. in *d.l.quamvis, C.de tranſact.* aliique communiter. Conſtat id ex *l.emtionem, C.de rer.permut.* ubi quidam dederat tot frumenti modios, ut certum olei pondus acciperet, qui eſt articulus *Do ut des*: ait Imperator, ſi pondus olei datum non ſit, poſſe frumentum ſolutum condici ob cauſam non ſequutam, ſi conventio facta fuit citra Stipulationis ſolemnitatem. Ergo Stipulatione interpoſita, res data nequit condici, id eſt, pœnitentiæ locus non eſt, ut etiam traditur in *l.cum precibus, C.cit.tit.*

Neque nos moveat, Donationem mortis cauſa etiam ſtipulatione interpoſita, revocabilem eſſe pœnitentia Donatoris, *l.qui mortis, l.Senatus, ff. de mortis cauſa donat.* Nam id ex voluntate Contrahentium accidit; nam qui mortis cauſa donat, ſibi magis velle dicitur, quam Donatario; aliter enim inter vivos donaſſet, *d.l.Senatus, §.1.*

Addit ſecundo robur Stipulatio Contractibus Innominatis, ex eo quod qui adimplevit, poteſt eum non ſolum pœnitere, & recipere quod ſolvit; ſed etiam agere, ut qui recepit, & ipſe adimpleat; ita tamen ut is non poſſit cogi ad præciſe adimplendum, ſed præſtando id, quod intereſt,

Digitized by Google

liberatur, etiamſi de re certa ſermo ſit, *l.naturalis, §.1. ff.de præſcr.ver b.* Exempli gratia, Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares; poſſum condictione cauſa data repetere Scyphos, ſi velim; vel relictis tibi Scyphis, agere præſcriptis verbis, ut damneris mihi, quanti intereſt mea, Stichum non accepiſſe, *d.§.1.*

Secus eſt, ſi Contractui Innominato ſubdita ſit Stipulatio; tunc enim contractus firmior redditur, & Debitor ad præciſe adimplendum cogi poteſt, ſi res certa ſit. Nam in Contractibus Nominatis, uti eſt Stipulatio, regula eſt, ut aliud pro alio, Creditore invito, ſolvi non poſſit, *l.2. §.mutui datio, ff.de reb.cred. l.eum, a quo,cum ſequ. C.de ſolut.* Quod verum eſt in Obligationibus certis, non etiam in incertis, ut infra diſputabimus. Hæc tamen omnia, ſcilicet, ut non ſit locus pœnitentiæ, & ut præciſe Debitor dare cogatur, intelligenda eſſe putat Alciatus hic in *rubr. prælect.1. num.29.* ſi Actor certi condictionem ex ſtipulatu eligat; nam ſi ea relicta, proponat actionem præſcriptis verbis, omnia ſecus ſe habere ait, id eſt, & eum, qui adimplevit, pœnitere poſſe, & qui non adimplevit, ſolvendo id, quod intereſt, liberari. Hoc tamen falſum eſſe infra patebit; cum docebimus, Stipulationem in continenti adjectam contractibus, tam ſtricti Juris,quam bonæ fidei, vel extinguere actionem antecedentem,vel prohibere ne ea naſcatur, *l.duo, ff.pro Socio, l.6. §.ult.cum l.ſequ.ff.de novat.* Quare ubi Contractus Innominatus celebratur per Stipulationem, non alia actio,quam ex ſtipulatione, competet, ſublata omnino actione præſcriptis verbis; unus enim eſt contractus, non duo, ut in citatis Juribus.

Non omittendum hic, ex tribus articulis; *Do ut des*, *Facio ut facias*; *Do ut facias*, dari actionem civilem præſcriptis verbis, ita dictam, quia oritur ex præſcripto, id eſt, ex conventione, nam ita *Præſcriptum* interpretatur Ulpianus in *l.1. §.in conducto, ff.depoſiti*, quæ eſt ad quanti intereſt, *d.l.naturalis, §.1.* At in articulo *Facio ut des*, aliud eſt; nam ſi poſtquam feci, ceſſes dare, nulla erit civilis actio, & ideo prætoria de dolo dabitur, *d.l.naturalis, §.quod ſi faciam, & l.ſolent, ff.de præſcr.verb. l.cum proponas, C.de dolo.*

Magna quæſtio eſt, cur ita ſtatutum ſit. Et Alciatus 5. *paradox.7.* poſt rejectas Veterum in hac re ſententias, docet, ideo in articulo *Facio ut des* non dari actionem præſcriptis verbis,ſicut in articulis ceteris,quia facta ut plurimum repeti non poſſunt: quare viſum eſt generaliter introducere, ut ageretur de dolo. Quæ ratio recipi non poteſt; nam pro repetendo non eſt prodita actio præſcriptis verbis, ſed condictio cauſa data, *d.l.ſi pecuniam, ff.de condict.cauſa data*: actio enim præſcriptis verbis eſt ad id, quod intereſt, *d.l.naturalis, §.1.* Itaque ex eo, quod facta ut plurimum repeti non poſſunt, fit ſolum ut ceſſet condictio, non item ut denegetur actio præſcriptis verbis.

Alio ergo nos vertamus oportet. Placet, ut cum Cujacio *loc. cit.* dicamus,

Digitized by Google

camus, rationem pendere ex eo, quod actio civilis præſcriptis verbis non datur, niſi ex negotiis, quæ vicina & proxima ſunt civilibus habentibus nomen: propterea recte datur ex *Do ut des*, quod affine eſt emtioni, ex *Facio ut facias*, quod mandato ſimile eſt, & ex *Do ut facias*, quod proximum eſt locationi. At nequit impertiri ex *Facio ut des*, quod nec locationi, nec alii negotio civili comparari poteſt. Confugiendum igitur fuit ad ſubſidiariam Prætoris actionem de dolo; quippe doloſe geſſiſſe videtur, qui ſcivit me facere; nec poſt factum dat, quod convenit.

Si vero dolus abſit, actionem in factum prætoriam dari, conſequens eſt. Hic enim fere eſt omnium actionum ordo, Civilis actio directa, quæ nomen habet, ut Emti, Commodati. In factum civilis, quæ & Utilis dicitur, & dividitur, ut alia ſit Præſcriptis verbis, alia non Præſcriptis verbis, ut quæ eſt accommodata legi Aquiliæ. Succedunt deinde actiones honorariæ, Prætoria Directa, vel Utilis ex Edicto: deinde de doſo, & eo deficiente, In factum Prætoria ex Decreto: quæ acti[illegible]es Decretales ſunt Juris noſtri perſequendi extrema ſubſidia, ut idem C[illegible]jacius primus omnium obſervavit. Actionum autem iſtæ, quæ nomine vacant, dicuntur *In factum*, quia in factum concipiuntur, *l. quod bonis, ff. ad legem Falcidiam*, vel componuntur, *§. 1. Inſtit. de except.*

Hinc explicatur I. textus in *d. l. cum mota, C. de tranſact.* ubi tranſactione inita, ut ego a lite diſcederem, parte bonorum accepta, diſceſſi a lite, nec data pars bonorum eſt: Imperator Alexander ait, mihi competere actionem præſcriptis verbis, ſi citra Stipulationem tr[illegible]nſactum ſit. Nempe hic non fuit contractus *Facio ut des*, ut vulgo putant, pro quo competiſſet ſolum actio de dolo: ſed fuit vel *Facio ut facias*, id eſt, *Diſcedam a lite, ut tradas bonorum partem*, ut poſt Soccinum ait Alciatus *loc. cit.* Vel potius *Do ut facias*; nam ita conventum eſt, *Dabo partem bonorum, ut a lite diſcedas*, ut notat Cujacius.

Explicatur II. *l. ſolet, ff. de præſcr. verb.* ubi tibi promiſi decem, ſi fugitivum ſervum indicaveris: tibi indicanti competit adverſus me non ſolventem actio præſcriptis verbis. Verum & ibi fuit contractus *Do ut facias*, non *Facio ut des*, quod Accurſius monet.

Sed jam tertio videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Nominatis bonæ fidei. Quoniam contractus hi natura ſua perfecti ſunt, nec in eis eſt locus pœnitentiæ, & Debitor præciſe cogitur; ideo Stipulatio nequit in iis ea operari, quæ efficit in Innominatis. Dubium itaque eſt quidnam operetur.

Sed prius recolendum eſt, quod ſupra *cap. 1.* diximus, nunquam contractus bonæ fidei celebrari per Stipulationem; nam ſi interrogem te, *Vendis fundum Sempronianum centum aureis?* & tu reſpondeas, *Vendo*; non eſt venditio facta per Stipulationem, ſed ſola & ſimplex Venditio; nempe quia Venditio reſpicit tempus præſens, Stipulatio tempus futurum. Itaque hoc caſu non datur actio ex ſtipulatu, vel certi condictio,

 ſed

ſed tantum actio ex emto. Sed ſi dictum ſit, *Vendes? Vendam*, non eſt Venditio, ſed Promiſſio de vendendo: & hæc Stipulatio eſt. Sicuti ſi dicam, *Credes pecuniam*, non eſt Mutuum, ſed Stipulatio, & Promiſſio de mutuo faciendo, *l.ſi pœnam, ff.eodem.*

Additur nihilominus Stipulatio Venditioni in multis, quæ ipſi accedunt; ut ſi ſtipuler pretium mihi ſolvi, certo loco ſolvi, uſuras præſtari, rem dari, habere licere, & ſimilia. Et communis opinio eſt, Stipulationem in continenti ſubjici, ut in his negotiis bonæ fidei ſtricta actio ſuppetat; ita ut in arbitrio Contrahentis ſit, utra actione, bonæ fidei, an ſtricti Juris, malit uti, cum utramque habeat. Ita etiam Cujacius hic in *l.1. §.ſed utrum.*

Verius tamen puto, eo caſu actionem bonæ fidei non dari, ſed ſolam actionem ex Stipulatione competere. Quia aut dicimus, Stipulationem novationis cauſa ſubjici, aut non: & utroque caſu ſemper verum eſt, actionem bonæ fidei p[illegible]oni non poſſe.

Ponamus I. [illegible] feciſſe Contrahentes animo novandi; tunc certum eſt, ex novatione tolli priorem actionem bonæ fidei, totamque rem in ſtipulationem transferri, *l.1. ff. de novat.* Et eſt ſpeciatim traditum in *l.duo, ff.pro ſocio*, ubi duo, qui ſocietatem coierunt, & ea, quæ voluerunt fieri, in pacto convento ſocietatis præſcripſerunt, & ſtipulati ſunt. Alphenus reſpondit, ſi Stipulatio ita concepta ſit, *Hæc ita dari, fieri ſpondes?* Reſpondit, inquam, pro ſocio agi non poſſe, ſi quid contra factum ſit, ſed totam rem in Stipulationem tranſlatam videri; nempe ſi novationis cauſa id fecerunt. Ecce ut Stipulatio addita contractui bonæ fidei in continenti, facta animo novandi, perimit actionem bonæ fidei, ut nihil ſuperſit, niſi actio ſtricta ex Stipulatione.

Ponamus II animum novandi non adfuiſſe, ut in dubio præſumitur, *l.fin. C. de novat.* Et eo caſu addita Stipulatio in continenti non tollit actionem bonæ fidei, ſed facit ne naſcatur; ut propterea iſto etiam caſu ſola actio ex Stipulatione competat, quia unus & ſolus contractus Stipulationis celebratus dicitur, ex *l.6. §.1.cum l.ſequ. ff.de novat.* ubi cum Stipulatio additur in continenti contractui, non ſunt duo contractus, ſed unus, nec fit novatio; Stipulatio enim prohibet, ne actio ex contractu antecedenti naſcatur: quocirca ex ſola Stipulatione obligatio & actio oritur. Quod etiam in contractibus ſtrictis verum eſt, ut ibidem patet, & infra dicemus.

Hæc omnia ſuadet etiam ratio; nam impoſſibile videtur, ut ex eadem numero re duæ actiones contrariæ, & quæ ſe invicem excludant, oriantur, ut ſunt actio bonæ fidei, & ſtricti Juris. Hæc tamen intelligenda ſunt, ubi Stipulatio in continenti ſubjicitur; nam ſi ex intervallo fiat, ſine animo novandi, tunc ſunt duo contractus diſtincti; & quia Stipulatio prohibere non poteſt, ne ex priori contractu actio naſcatur, ut quæ jam nata eſt; propterea ex illo competet actio bonæ fidei, ex poſteriori iſto,

id

id eſt, Stipulatione, orietur actio ſtricti Juris. Et verum erit, quod dicitur, vinculum vinculo addi, *d.l.fin.C.de novat.* & *l.2. ff.de novat.*

Ceterum cum dicimus, Stipulationem in continenti adjectam contractui operari, ut ex ea ſolum detur actio, id verum eſt in ea tantum re, ubi Stipulatio interpoſita fuit. Exempli gratia, ab Emtore ſtipulatus ſum pretium mihi ſolvi; ſi agam ad pretium, ſola certi condictio ex Stipulatione competit; nam aliud eſt, ſi agam ad uſuras mihi in contractu emtionis promiſſas, quas perſequar actione ex vendito, *l.Lucius Titius, ff. depoſiti*. Nempe quia uſuræ in Stipulatione comprehenſæ non ſunt; & Stipulatio utpote ſtricti Juris, ſuos fines non egreditur.

Ita quoque ſi ſtipuler certo loco mihi dari; tunc ſi petam loco convento, eſt actio ex ſtipulatu; ſin alio, eſt actio arbitraria, *l.in bonæ fidei, ff.de eo, quod certo loco*: ubi notat Paulus, quod ſi locus adjectus ſit ſola conventione, citra Stipulationem, non competet, niſi actio ex emto.

Non diſſimiliter, ſi ſtipuler a Venditore, vacuam poſſeſſionem tradi, vel rem dari; tunc ſi ex Stipulatione agam, non venient fructus a die Stipulationis, utpote qui Stipulatione comprehenſi non ſunt, nec in Stipulatione, quæ ſtricti Juris eſt, plus venit, quam expreſſum ſit. Poſſum tamen deinde ex emto agere ad fructus, quia in actione bonæ fidei, uti eſt actio ex emto, multa veniunt ex bono & æquo, licet non expreſſa. Ita in *l.3. §.1. ff.de act.emti*, illis verbis: *Sed ex emto ſupereſſe ad fructuum præſtationem.* Et ſenſus eſt, eum qui ex ſtipulatu egit ad vacuam poſſeſſionem ſibi tradendam, conſequi rem, ſed non fructus, quia in Stipulatione non ſunt expreſſi: nec tamen fructus amittere, quos conſequetur altera actione ex emto. Ex quo textu habetur, Stipulationem ſubjectam contractui bonæ fidei tollere actionem, exempli gratia, ex emto, non omnino, ſed in ea ſolum re, de qua ipſa Stipulatio loquitur. Cum ergo loquatur de vacua poſſeſſione tradenda, in eam rem non competet, niſi actio ex ſtipulatu: quæ tamen non prohibet naſci actionem bonæ fidei, in quantum ad fructus, qui Stipulatione comprehenſi non ſunt.

Sic quoque ſubjicitur Venditioni Stipulatio *Habere licere*, cujus vis eſt, ne Venditor ipſe, aut Heres ejus aliquid minuat ex Jure rei emtæ. Quare ſi quis eorum contrarium faciat, vel de proprietate, vel de poſſeſſione, vel de uſufructu, vel de uſu, vel de aliquo alio Jure ejus, quod diſtractum eſt, committitur Stipulatio in quanti ea res eſt, *l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis forte, ff.eodem.* Nec tamen per hanc Stipulationem adimitur actio ex emto in id, quanti mea intereſt, Africanus in *l.ſervus quem, §.ult. ff. de act. emti.* Illud tamen intereſt, quod ſi ſciens rem alienam vendas ſine Stipulatione, ex emto agere licet, antequam res evincatur, ſtatim ac deprehendo rem, exempli gratia, eſſe alienam; ſcilicet ob dolum, qui a contractu bonæ fidei abeſſe debet. At ex Stipulatione *Habere licere* non agitur, niſi re evicta, quia tunc ſolum habere non licet; nec in eam venit dolus, *d.l.ſervus, quem, §.ult. ff.de act.emti*. Sed ſi Venditor rem eſſe alie-

nam

nam ignorabat, etiam actio ex emto competit Emtori, re evicta, ut monet Cujacius *ibid. tract.8. ad Africanum.*

Eodem modo ſubjicitur Stipulatio de dupla, quæ non perimit in aliis actionem ex emto. Quocirca ſi ſciens vendidiſti ſervum noxium, non agam de dupla, antequam ſervus mihi abſit, & per noxalem actionem evictus ſit: at nihilominus ſtatim ex emto teneris ad quanti mea intererit ſciſſe, *l.4. ff.de act.emti.*

Ex quibus omnibus patet, Stipulationem contractibus bonæ fidei ſubditam, non imitari eorum naturam, ſed proprias vires retinere, Alciatus *loc.cit.* qui tamen *num.97.* notat, in Stipulationibus Prætoriis *Damni infecti, judicatum ſolvi*, & ſimilibus, non plus venire, quam præcedens obligationis neceſſitas urgeat, Gloſ. in *l.in prætoriis, ff.de Prætor. Stipulat.* Doctores in *l.non ſolum, §.morte, ff.de oper.novi nunciat.* Niſi ex certa ſcientia Debitor aliter ſe obligaſſet, *l.damni, §.1.ff.de damno infecto, l.& ſi quis, §.quæſitum, ff.ſi quis caution.*

Hæc ut recte intelligamus, notandum eſt, Prætorias Stipulationes, ſicut & actiones, certam & immutabilem formam habere, nec quidquam privatorum pactionibus in eis immutari poſſe, *l.in conventionalibus, ff. eod. l.nec ex Prætorio, ff.de reg.jur.* Sed ſi quid vel addi, vel detrahi, vel immutari oporteat, Prætoriæ erit Juriſdictionis, *l.1. §.ult. ff. de Prætor. Stipulat.* Itaque ſi quid ambiguum accidat, interpretatio ad Prætorem quoque pertinet, *d.l.in Prætoriis.* Interdum tamen accidit, ut Prætoriæ Stipulationes ſine Prætore, ex ſola Contrahentium conventione, interponantur, & tunc conventionalium naturam imitantur, quæ certam formam non habent, & ex Contrahentium arbitrio dependent, *d.l.in conventionalibus.* Exempli gratia, Stipulatio *Rem ratam haberi* Prætoria eſt, & etiam Judicialis, tamen aliquando ex conventione ſola venit, ſine Prætore, aut Judice, *l.interdum, ff.rem ratam haberi.*

Hinc ſi Stipulatio Prætoris Juſſu interponatur, nihil amplius venit, quam præcedens obligatio exigit. Exemplum eſt in *l.damni infecti 43. ff.de damno infecto*, ubi quidam a Vicino ſtipulatus erat, *Sive quid ibi ruet*; & ſi tegulæ cadant in vicini tegulas, eaſque frangant, non tenetur Promiſſor, ſi cadant vento dejectæ; tenetur, ſi cadant vitio ædificii; nempe quia præcedens obligatio hoc tantum caſu adſtringit, *l.fluminum, §.ſi vitium, l.ſi ædibus, ff.cit.tit.*

Quod ſi hæc eadem Stipulatio *Damni infecti* interponatur ſola conventione, tunc Stipulationis effectus ſe extendit, quouſque Contrahentes voluerunt. Finge: promiſi Vicino, me ei repenſurum omnem mercedem, quam ob emigrationem Habitantium amitteret, tenerer, *d.l.43. §.1.*

Hæc eadem intelligenda ſunt generatim in quibuſcunque cautionibus, quæ auctoritate Magiſtratus interponuntur, veluti in ædificiis, ut eſt Stipulatio de dupla; in Tribunitiis, ſicuti eſt, cum Maritus pro Muliere ſe obligavit, vel in rem ejus impendit, divortio facto, eo nomine ca-

vere

Digitized by Google

vere ſibi ſolet Stipulatione, quæ ex auctoritate Tribunorum venit, Ulpianus in *Fragm. tit.7.* Exemplum habemus in *l.cum mulier de dotis, ff. ſol.matr.* Ubi Mulier ſoluto matrimonio de dotis repetitione agens, cavere debet Marito, qui ædium dotalium nomine damni infecti cavit. Hæ omnes Stipulationes uno nomine Prætoriæ dicuntur, quia olim Prætorum appellatione quilibet Magiſtratus veniebat, etiam Conſularis, ex Juven. *Sat.10. Cont.2. lect.19.* Imo etiam Dictator; nam cum in veteri lege eſſet, *Qui Prætor Maximus ſit, idibus Septembris clavum, &c.* Prætoris maximi appellatione venit Dictator, Livius *lib.8.* Et tandem hæc eadem intelligemus de Stipulationibus Judicialibus, quæ auctoritate Judicis, aut Arbitri a Prætore dati, interponuntur.

Reliquum modo eſt, ut videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Nominatis ſtricti Juris. Et quid circa illos ſtatuendum ſit, conſtat ex jam dictis; non enim hac in re contractus bonæ fidei diſtant a contractibus ſtrictis. Itaque Stipulatio cum additur, ea ſola attenditur. Veluti, dedi tibi mutua centum, deinde ex continenti ſtipulor ea mihi reddi, unus contractus eſt, nec fit novatio, & obligatio non naſcitur ex numeratione, ſed ex ſtipulatione, *d.l.ſi ita fuero 6. §.1. cum l.ſequ. ff.de novat.* Sed ſi redditioni pactum addatur, veluti ſi paciſcar de mutuo reddendo kalendis proximis, vel paciſcar de uſuris præſtandis, ad roborandum pactum opus ſtipulatione eſt, ut latius in *l.lecta, ff.de reb.cred.*

Quod ſi poſt Mutuum contractum Stipulatio reddendi pecuniam ex intervallo addatur animo novandi, per novationem prior obligatio mutui deletur, & nova ex Stipulatione obligatio orta dicitur, *l.obligationum fere, §.fin. ff.de oblig. & act. l.ſi ita ſtipulatus, §.Chryſogonus, ff.eod.* Verum ſi Contrahentes novari noluerunt, remanet uterque contractus, & robur robori additur, *d.l.fin. C.de novat.*

De Diviſione Stipulationum.

CAPUT IV.

Est jam ſupra a nobis diviſa Stipulatio in Nudam, & non Nudam, quæ Satiſacceptio & Satiſdatio appellatur, quam diviſionem proponit Pomponius in *l.5. §.ſtipulatio, cum ſequ. ff.eod.* ut ibi recte Cujacius monet; quo in textu etiam alia diviſio proponitur deſumta a cauſa efficiente, ut alia Stipulatio Judicialis ſit, alia Prætoria, alia Communis, & tandem alia Conventionalis, de quibus *lib.3. Inſtit. tit. de diviſ. Stipulat.*

Supereſt itaque, ut eam tantum diviſionem exponamus, quæ habetur ex Paulo in *l.2. in princ. ff. eod.* ut quædam in dando, quædam in faciendo conſiſtat, quæ diviſio deſumta eſt a materia, quæ in ſtipulationem

nem

nem deducitur; vel enim deducuntur res, vel facta, *§.ult. Inſtit. hoc tit.* Res dantur, Facta fiunt. Hinc ad omnem obligationem comprehendendam, ea utimur formula, *Quod te mihi dare facere oportet*; quæ latius in actionibus accipitur, ſtrictius in ſtipulationibus, *l.ſi ſtipulatus 76. §.1. ff.eod.* Nam ſtipulationibus præſens duntaxat tempus continetur. Quocirca ſi a colono, cui fundum in quinque annos locavi, poſt triennium ita ſtipuler, *Quidquid te dare facere oportet?* non amplius venit, quam in præſens debetur, *l.ſi a colono, ff.eod.* Ideo ad comprehendendum etiam tempus futurum adjici ſolet, *Oportebitve*, vel *Præſens, in diemve*, ut in citatis Juribus patet. Et ita eſt in Stipulatione Aquiliana, quæ ita concipitur: *Quidquid te mihi ex quacunque cauſa dare facere oportet, oportebitve, præſens, in diemve, &c. l.& uno, §.1. ff.de Acceptil.*

Non ita eſt in actionibus, ubi futurum etiam tempus continetur, quoad res judicetur. Nam ſi cum conductore, qui debet trium annorum penſiones, egero ex locato, petens quidquid mihi dari fierive oportet, & lis in biennium proferatur, totius quinquennii nomine Judex condemnationem faciet. Præterquamquod judicia incrementum accipiunt ex uſuris & fructibus, *d.l.76.§.1.* ubi Cujacius. Et quia Stipulatio, quæ legatorum nomine interponitur, inſtar actionis obtinet, *l.1. §.cautionales, ff.de Prætor.Stipulat.* ideo hæc ad futurum etiam tempus extenditur, & accipit incrementum ex uſuris & fructibus, quanquam ita concipiatur, *Quod Teſtator dari fierive voluit, id dari vel fieri, l.1. §.belliſſime, ff. ut legator.nom.caveat.*

Dare itaque pertinet ad res, & earum dominium transferendum, *l.ubi autem, §.ult. ff.eod. l.non videtur, ff.de reg.jur.* Unde verbum Juris eſt, & Jus in ſtipulatione verſatur, ſi quis ſtipuletur dari, *l.eum qui ita, §.qui ſibi, ff.eod. l.Stichum, §.quæſitum, ff.de ſolut. l.2. C.de contrah. ſtipulat.* At vero facere eſt nomen naturale, & ad poſſeſſionis translationem refertur; & qui promittit reſtituere aut reddere, factum promittit. Refertur etiam ad reliqua facta omnia, ſive momentanea, ſive ſucceſſiva, *l.faciendi verbo, l.verbum facere, ff. de verb. ſignif.* Factis adjungenda ſunt non facta; nam & qui non facit, hoc facit, ut nolit facere: ideo in *§.etſi mulier, Inſtit.de nupt.* dicitur recte facturum hominem, ſi ſe ab illicitis nuptiis abſtineat. Concordat textus in *d.l.2.§.item ſi in facto, & l.ubi autem, §.qui id quod, ff.eodem.*

Verum tamen eſt, interdum *Facere* etiam dandi actum comprehendere, *l.in facto, in princ. ff.de cond. & demonſtr. d.l.verbum facere*: & e converſo *Dare* ad factum referri, *l.4. ff.de uſur. l.qui heredi, in princ. ff. de cond. & demonſtr.* Sed propria & ſtricta utriuſque verbi ſignificatione *Dare* & *Facere* diſtinguuntur, *l.qui Libertinus, in princ. ff. de oper. libertor.*

Videtur tamen huic Stipulationum diviſioni a Paulo propoſitæ addendum membrum aliud; quippe præter Stipulationem dandi & facien-

di,

Digitized by Google

di, eſt alia quæ ex utraque miſta eſt, *l.veteris, C.de contrab. Stipul.* Et hoc eſt quod voluit idem Paulus in *l.3. ff.de oblig. & act.* cum ait, obligationum ſubſtantiam in eo conſiſtere, ut alium nobis obſtringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel præſtandum, ubi verbo *Præſtandi* obligationes miſtas comprehendit: eſt enim Præſtare verbum generale ad factum & dationem, *l.item Labeo, in fine, l.heredes, §.contra, ff.fam.ercifc. l.ex emto, ff.de act.emti, l.quod ſi fugitivus, §.fin.cum 2.ll.ſeqq.ff.de ædilit. edic.* Et recte Paulus ait generatim *Obligationes*: nam non ſolum inter Stipulationes, ſed inter quaſcunque alias Obligationes, reperitur ea, quæ miſta eſt. Quare ſi ſervo diſpenſatori libertas relicta ſit ſub conditione reddendarum rationum, hæc obligatio miſta eſt, & comprehendit non ſolum rationes computare & ſubducere, verum etiam reliqua ſolvere, *l.cum ſervus, ff.de condict. & demonſtr.* Ita qui opus facere Juſſus eſt, non ſolum operis curam ſuſcipere debet, ſed & pecuniam pro eo conſtruendo dare, id eſt, facere ſimul, & dare, *l.fideicommiſſa, §.ult. ff.de leg.3.*

Verum ideo Paulus in *d.l.2.* miſtæ Stipulationis non commeminit, quia miſtum continetur ſub ſimplicibus, ut ibidem notat Accurſius; argumento ex *§.1. Inſtit.de act. l.is qui puteum, §.interdum, ff.quod vi aut clam, l.ſi ita ſcriptum, ff.de lib.& poſth.* præſertim quia Obligatio miſta vicem duarum Obligationum ſubſtinet; ut conſtat ex eo, quod ſi ſervus rationibus redditis liber eſſe Juſſus eſt, & ab herede vendatur, ſervus rationes excutiat, & diſpunget cum herede, reliqua ſolvet emtori, *l.ſi ſtatu libera, §.ult. ff.de ſtatu lib. l.qui libertatis, §.ſervus, ff.de evictiom.* Valentia *tract.4. cap.1. num.17. & ſeq.*

Diſcrimina inter Stipulationes dandi, & faciendi, varia ſunt. I. Olim Stipulatio faciendi non tranſibat ad heredes Stipulantis, nec contra heredes Promiſſoris, cum facta perſonalia cenſerentur: unde qui ita ſpopondit, *Cum moriar, inſulam ædificabo*, Stipulatio, prout impoſſibilis, inutilis erat; non enim Teſtator horæ momento ædificium excitare poterat; & ipſius heres, ut in Stipulatione faciendi, non obligabatur. Hæc erant, niſi in Stipulatione ſpecialis heredum mentio facta fuiſſet. E diverſo obligatio dandi indiſtincte tranſibat ad heredes, & in heredes. Hanc differentiam ſubſtulit Juſtinianus in *l.veteris, & l.ult. C.de contrab.ſtipul.* qui noluit, ex hujuſmodi ſubtilitate cadere hominum voluntates. Quocirca hodie omnis Stipulatio ad heredes & adverſus heredes transmittitur, tanquam ſi ipſorum ſpecialis mentio habita ſit.

II. In dando, ſi quis ſtipuletur ſibi & Titio heredi ſuo dari, & deinde moriatur pluribus heredibus relictis, inter quos & Titius ſit, non ſoli Titio acquiritur obligatio, ſed omnibus, *l.continuus, §.ult. ff.eod.* Id ipſum eſt, ſi promittam, me & Titium heredem meum tibi daturum, omnes mei heredes ad dandum tenentur; *l.eum qui ita 56. §.1. ff eodem.*

Secus eſt in faciendo; nam ſi ſtipuler, mihi & Titio heredi meo fieri, ſoli Titio faciendum eſt: & e contrario ſi promittam facere me & Titium

Digitized by Google

heredem, is ſolus faciet, *d.l.continuus*, *§.ult.* Ratio diſparitatis eſt ex Cujacio, quia obligatio dandi a defuncto incipit, & propterea ex lege XII. Tabularum dividitur inter omnes heredes pro portionibus hereditariis, *l.ea quæ*, *C.fam.ercisc. l.pacto*, *C.de pactis.* Hinc licet Contrahentes paciſci videantur, ne alteri heredi, quam Titio, daretur, vel ne ab altero, quam a Titio, peteretur dari, tamen pactum inutile eſt, *d.l.56. §.1.* quia Stipulatio inutilis pactum utile non habet, *l.1. §.ſi quis ita*, *ff.eod. l.in perſona*, *§.ult. ff.de pactis*. Obligatio vero faciendi non dividitur ex lege XII. Tabularum, quia cum facta perſonalia ſint, *l.quod dicitur* 130. *ff.eod.* cum promitto, me & Titium heredem meum facere, obligatio Titii non incipit a me, & eapropter non dividitur inter heredes meos, ſed ipſum tantummodo Titium afficit.

Objicies ex *l.avus*, *ff.de pactis*, ubi cum quis paciſcitur, ne dos a ſe Filiove ſuo petatur, Filio convento datur exceptio pacti, coheredi ejus non datur. Concordat *l.avus*, *ff.de pact.dotal.*

Verum ſeparanda ſunt ea, quæ ſunt Juris, ab his quæ ſunt facti; quia pacta facti ſunt, non Juris; & quæ facti ſunt, uni ex heredibus acquiri poſſunt, *d.l.continuus*, *§.ult.* Cujacius in *d.l.avus*, *ff.de pactis*. Itaque in ſpecie noſtra pactum expreſſum per ſe ſtans, valet: pactum tacitum, quod Stipulationi ineſt, non valet: nempe ex regula, Pactio, quæ ex Stipulatione inutili deducitur, inutilis & ipſa eſt, ut diximus. Recte tamen uni ex heredibus nomen adſcribitur, tanquam prælegando; licet enim non ſolida ei acquiratur obligatio, tamen recte ei ſolvitur, & id nomen heres præcipiet arbitrio familiæ erciſcundæ, *l.1. §.1. C.de except.*

An autem in caſu ſuprapoſito coheres teneatur in totum, an detracta portione Filii, dubitatur. Affirmat Accurſius, negat Cujacius; quia ita Jus eſt, ut obligationes defuncti in heredes tranſeant pro portionibus hereditariis. Itaque & Filius pro parte ſua tenetur, ſed defenditur exceptione pacti. Coheres vero reſpondere ſtipulationi, niſi pro parte ſua, non debet.

III. Stipulatio ut quid fiat, vel non fiat, ut plurimum rei incertæ eſt, quia facta non ſunt, niſi cum fiunt, vel poſtquam facta ſunt. Quare tempore Stipulationis non apparet, quid, quale, quantumque ſit in Stipulatione, *l.ubi autem*, *§.qui id*, *ff.eod.* Quædam tamen facta ſunt certa, ut reſtitutio in novi operis nunciatione, *l.2.ff.de Prætor.Stipulat.* In Stipulatione vero dandi interdum deducitur incertum, ut ſi ſtipuler dari genus, uſumfructum, partum ancillæ; interdum deducitur certum, uti fundus Tuſculanus, Stichus, *l.Stipulationum quædam*, *cum l.ſeq.ff.eod.* Et quod dicitur certum aut incertum intelligitur attento Stipulationis tempore, non tempore ſolutionis; cum enim res ſolvitur, ſemper certa eſt. Et hoc eſt, quod dicitur, contractus æſtimari ab initio.

Inter has illud intereſt, quod ex Stipulatione incerti datur actio ex Stipulatu, cujus hæc eſt formula; *Quod mihi ex ſtipulatu dari fieri oportet.*

Digitized by Google

tet. Ex Stipulatione certi datur certi condictio, & hæc eſt formula: *Quod mihi Stichum ex Stipulatione dari oportet.* Verum hæc quoque dicitur aliquando generatim actio ex Stipulatu, *l.inter, §.ſi rem quam, ff. eod.* Hoc in aliis etiam actionibus locum habet; nam exempli gratia actio ex teſtamento alia eſt certi, alia incerti, *l.1. ff.de uſufr. leg. l.non ſolum, §.pen. ff.de liber.leg. l.ſi ſic legatum, §.ult. ff de leg.1.*

Non ita eſt in actionibus bonæ fidei, quæ omnes ſunt incerti, vel incertæ pecuniæ, ut Cic.ait *pro Roſcio:* quippe petitur id, quod ex bona fide dari fierive oportet, & Judex liberam habet poteſtatem ſtatuendi quod æquius melius, *§.in bonæ fidei, Inſtit.de action.* Licitum tamen eſt ex contractibus bonæ fidei uti condictione certi, ut conſtat ex *l.duobus, §.exceptio, ff.de Jurejur.* ubi in mandato, negotiorum geſtione, ſocietate, & ſimilibus bonæ fidei contractibus, poteſt quis non ſolum proponere condictionem incerti, ſeu actionem mandati, negotiorum geſtorum, & ſocietatis, ſed etiam agere certi condictione: nempe u t ibi notat Accurſius, quia certi condictio competit ex omni cauſa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur, *l.certi condictio, ff.de reb.credit.*

Utilitas hujus diſtinctionis eſt, quia ex condictione certi res præciſe petitur, & condemnatio petitioni congruit: ex incerti agitur ad id, quod intereſt, & condemnatio petitioni non congruit; nam condemnatio ſemper eſt certa, licet incerta ſit actio, *§.curare, Inſtit.de action.* Quæ omnia ut clarius pateant, ſit.

An, & quando Debitor, præſtando id quod intereſt, liberetur.

QUÆSTIO UNICA.

Stipulationem dandi præciſe adimpleri debere, nec Debitorem ſolvendo id, quod intereſt, liberari, ſecus atque in obligatione faciendi, docent poſt Bartolum communiter Doctores apud Covarr. 2. *var.* 19. Quam diſtinctionem improbat Faber *dec.*85. *err.*1. & 2. qui contendit, Debitorem ſive dandi, ſive faciendi, ſemper præſtando id, quod intereſt, liberari, nec unquam præciſe poſſe cogi. E contrario Valentia *de re judic. tract.*2. *cap.*4. *a num.*21. putat, ſemper Debitorem præciſe adſtringi tam ad dandum, quam ad faciendum.

Nos inſiſtendo iis, quæ proxime diximus, nullam ex prædictis ſententiis veram putamus. Quare ſtatuendum eſt, ex actione certa non præciſe peti, ex incerta id, quod intereſt, tam ſi de dando, quam ſi de faciendo agatur. Ratio eſt, quia ex actione certi petitur res certa. Ergo non poteſt præſtari id, quod intereſt, quia incertum eſt, *l.ult. ff.ſi quis in Jus vocatus, l.non autem, ff.de recept. arbit.* Quare actio certi eſt ad rem om-

Digitized by Google

nino conſequendam, *l.2.ff.de Prætor.Stipulat.*

Probatur id etiam manifeſte ex Juribus. I. Ex Ulpiano in *l.ubi autem, §.ult. ff.eod.* ubi hæc habentur: *Hæc Stipulatio, Fundum Tuſculanum dari? oſtendit, ſe certi eſſe,continereque ut dominium omnino efficiatur Stipulatoris quoquo modo*. Errant Doctores, cum putant ideo hic Promiſſorem obligari *omnino*, id eſt, præciſe rem dare, quia Obligatio dandi eſt; cum aperte Ulpianus nitatur in eo, quod Stipulatio certi eſt. Cum ergo ex Stipulatione certi oriatur certi condictio, inde fit ut Debitor ad rem præciſe tradendam cogatur, nec præſtando id, quod intereſt, liberetur. Unde ſi Stipulatio ſit incerti, veluti, *Fundum dari?* quippe genus incertum eſt, *d.l.ubi autem,in princ.* tunc Debitor conventus actione incerta ex Stipulatu, liberaretur præſtando id, quod intereſt, ut ex prædicto textu colligitur.

II. Ex *l.officium, ff. de reivind.* cujus verba ſunt. *Ubi enim probavi rem meam eſſe, neceſſe habebit Poſſeſſor reſtituere, qui non objiciet aliquam exceptionem*. Uti ſermo eſt de reivindicatione, id eſt, de actione certi; nam rei incertæ reivindicatio nulla eſt; cum formula reivindicationis ſit, *Hæc res mea eſt*, & Ulpianus ait, neceſſe eſſe reſtituere; ubi verbum *Neceſſe* præciſum facti implementum denotat, *l.obligamur, §.neceſſitate, ff.de oblig.& act.* Id vero reſtringit, cum Reus aliquam exceptionem opponit. Quocirca non eſt dicendum reſtringi, ſi Reus id, quod intereſt, ſolvere paratus ſit. Quam explicationem clariſſime idem Ulpianus comprobat ex *l.ſi quis reſtituere 69. ff.cit.tit. de reivind.* his verbis: *Si quis reſtituere juſſus Judici non pareat, contendens ſe non poſſe reſtituere; ſi quidem habeat rem, manu militari ab eo auferendam eſſe. Manu militari*, id eſt, per Viatores, Apparitoreſque, ceteroſque Judicis Miniſtros. Excipit, cum res non extat, quia tunc neceſſitate urgente, actio certi immutatur in actionem incerti, & devenitur ad id, quod intereſt; petet enim Actor rem, ut id, quod intereſt, conſequatur. Eſt ergo textus in *d.l.ſi quis reſtituere* clariſſimus, quo cum ſe premi Faber ſentiret, eum Triboniani imperitiæ perperam imputat. Et notandum, hic agi de obligatione faciendi; nam reſtituere factum eſt.

III. Ex *l.ſi pœnam, ff.eod.* ubi Paulus ait: *Quod ſi ita ſtipulatus fuero, Pecuniam te mihi crediturum ſpondes? incerta eſt Stipulatio, quia id venit in Stipulationem, quod mea intereſt*. Hic ſtipulatio eſt dandi, id eſt, mutuum dandi, & tamen Debitor non cogitur præciſe dare, quia eſt Stipulatio incerti, cum venerit pecunia in genere, & genus incertum eſt: quare Debitor præſtando id, quod intereſt, liberatur. Non ita eſt, ſi pœna adjiciatur, veluti: *Si pecuniam mihi non credes, centum pœnæ nomine dabis?* quo caſu pœna eſt in obligatione, quæ certa, *d.l.ſi pœnam.* Itaque Debitor ad præciſe ſolvendam pœnam cogitur, ut ibidem ex collatione utriuſque prædicti caſus patet. Cujacius tamen *lib.3. Pauli ad Edictum in d.l.ſi pœnam* opinatur, Stipulationem te pecuniam crediturum,

Digitized by Google

rum, eſſe facti; illam vero te centum crediturum, eſſe dandi; quoniam id agitur, ut centum dentur; ut etiam eſt de Stipulatione pœnali. Quæ perſuaſio orta eſt ex eo, quod credit, ſolum in Stipulatione faciendi locum habere id, quod intereſt, quod eſt falſum.

IV. Ex *l ſi quis ſtipulatus*, *§.1. ff. eod.* Species eſt: Stipulatus ſum a te, *Pro centum aureis ſatiſdabis?* & Reum dedi, qui mihi debet centum aureos, ut pro eo ſatiſdares in eam ſummam. Dicitur, Fidejuſſorem teneri in id, quod intereſt. Cur ita? nempe quia obligatio Fidejuſſoris eſt incerta; nam, ut ibi Pomponius cum Proculo ait, Fidejuſſor tenetur in ſolidum, ſi Reus non erit ſolvendo; vel in minus, ſi in aliquid ſit ſolvendo; vel in nihilum, ſi omnino ſit ſolvendo.

V. Ex *l. ſtipulationes non dividuntur*, *ff. eod.* in hæc verba: *Ubi quid fieri ſtipulamur, ſi non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Ita etiam in *l. ſi quis ab alio, §. ult. ff. de re jud.* ubi qui non facit, quod promiſit, in pecunia numerata condemnatur. Hujus rei cauſa proxima non eſt, quia Stipulatio faciendi ſit, ut vulgo opinantur, ſed quia facta ſunt incerta, *d. l. ubi autem*, *§. qui id*: propterea ex ipſorum Stipulatione oritur condictio incerti, quæ eſt ad id, quod intereſt. Eadem de cauſa in cautione Judicio ſiſti, & in promiſſione de præſtando fundo, venit id, quod intereſt; quia res facti ſunt, & facta incertis adnumerantur, *l. quoties quis*, *l. ſi fundum certa die*, *ff. eod.*

VI. Ex *l. ſi domus*, *§. cum vero*, *ff. de leg. 1.* ubi legato poculo, id eſt, re certa, heres volebat æſtimationem præſtare, iniquum eſſe dicens id ſeparari a ſe, *Non impetravit id a Prætore*, ut ibi Ulpianus ait, quamvis in ſervo legato, ſi forte is frater, aut pater heredis ſit, ex benignitate receptum ſit, ut æſtimationem officio Judicis præſtet, ut *ibid. §. qui confitetur*.

Dubium tamen videtur eſſe ex *l. ejus rei, cum ſequ. ff. de rei vindic.* ubi cum actione in rem petiiſſem a te Stichum, tanquam a poſſeſſore, ob contumaciam juravi in litem, & condemnatus es tantum mihi dare, quanti ſervus a me Jurejurando æſtimatus eſt. Ergo licet res certa petatur, Reus ad præciſe tradendum non cogitur, quamquam reivindicatio propoſita ſit.

Hæc difficultas gravis eſt; nam ſtatim initio difficile videtur ejus *leges* ſpeciem concipere. Vulgo Doctores, & Faber, de Poſſeſſore accipiunt, qui a Domino conventus, cum ſuccubuiſſet, noluit parere, & rem reſtituere; quare ob contumaciam Rei, Actor juravit in litem, & condemnatus eſt Reus tantum ſolvere, quanti Juratum ſit. Quam interpretationem recte Cujacius 4. *obſ* 3. rejicit, ex *d. l. is qui reſtituere*, *ff. cit. tit.* Quocirca Cujacius ipſe ſpeciem ponit non in Poſſeſſore, ſed in eo, qui dolo deſiit poſſidere, atque adeo in tantum fuit damnatus, quanti Actor in litem juraverat. Hæc interpretatio non ſine ratione diſplicet Fabro, quia aperte repugnat ipſi Paulo in *d. l. ejus rei*, ibi: *Dominium ſtatim ad Poſſeſſorem*

ſorem pertinet. Vide noſtrum *tract. de Acquir. Poſſeſſ. de Conſtituto qu.* 2.

Pro ſpecie recte concipienda, recolendum eſt, jusjurandum in litem aliquando dari etiam contra Poſſeſſorem, ſi ſcilicet neget in præſenti rem reſtituere poſſe, veluti ſi ea longe abſit, & ſine fruſtratione temporis dilationem ad reſtituendum petat; tunc ei indulgendum eſt, cum eo tamen, ut de litis æſtimatione caveat, datis fidejuſſoribus, ſi intra tempus, quod ei datum eſt, non reſtituat. Eo itaque non reſtituente, datur in ipſum Jusjurandum in litem: nempe, ſcilicet, quia in dilatione obtinenda de litis æſtimatione caverat, quamvis adhuc ipſe rem poſſideret, nec eam dolo deſierit poſſidere. Ita ſpecies *d. l. ejus rei* ponenda eſt ex *§. 1. Inſtit. de offic. Jud.* Eſt ergo caſus ſpecialis; & Reus actione certi conventus, tenetur ad id, quod intereſt, quia de æſtimatione litis cavit, quæ æſtimatio incerta eſt.

Hinc intelligimus, quid ſtatuendum ſit in Emtione & Venditione, ubi Martinus opinatus eſt, Venditorem præciſe cogi ad tradendum. Joannes Accurſii Magiſter e diverſo voluit, præſtando id, quod intereſt, liberari. Nempe utramque ſententiam eſſe veram, in diverſis tamen caſibus, ut ſcilicet Venditor conventus certi condictione, obligetur ad præciſe tradendum; conventus actione incerti ex emto, poterit id, quod intereſt, præſtare.

Conſtat prior pars ex *l. ex emto, in princ. ff. de act. emti*, ubi hæc verba habentur: *In primis ipſam rem præſtare Venditorem oportet*; nam cum dicitur, *Ipſam rem*, id ſatis oſtendit, rem eſſe certam: cum dicitur, *Oportet*, præciſam id rei traditionem demonſtrat. Et ita accipiendus eſt etiam Proculus in *l. ſi cum fundum, §. fere, ff. de contr. emt.* ubi Venditor tunc ſolum excuſatur a vacua rei poſſeſſione tradenda, cum accidit, ne tradere poſſit. Ita etiam Juſtinianus in *§. perficiuntur, Inſtit. de donat.* cum ait, donationem inter vivos ad exemplum venditionis *in ſe habere neceſſitatem traditionis*. Et ita demum Paulus 1. *ſent.* 13. cum ſcribit: *Si, id quod emtum eſt, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi poteſt, ut tradat, aut mancipet.*

Poſterior pars conſtat ex *l. ſi jactum retis, ff. de action. emti*, ubi quidam jactum retis emerat, & Piſcator quod extraxit piſcium, reddere Emtori noluit; *Id æſtimari debet, quod extraxit*. Et recte; nam in jactu retis a Piſcatore emto venit incertum id, quod capi poteſt; & ſi nihil captum ſit, nihilominus Emtor pretium præſtare debet, ut etiam eſt in eo, qui indaginem plagis impoſitis a Venatore, vel pantheram ab Aucupe emit, *l. emtorem, ad finem, ff. cit. tit.* ubi πάνθηρα Græce univerſam Venationem rete captam denotat, Alciat. 1. *parerg.* 42.

Eodem modo in ſimilibus diſcurrendum eſt. Exempli gratia, qui mutuum vinum accepit, conventus certi condictione tantundem præſtare debet; conventus condictione incerti, ſeu condictione triticariam, præſtabit id, quod intereſt, *l. vinum, ff. de reb. cred.* (quæ lex accipienda eſt

de

de condictione triticaria, Cujac. in *l.centum, ff.de eo, quod certo loco tract.3. ad Afric.*) ita ut his caſibus Actoris electio ſit, ne deterior ejus conditio fiat ob culpam Debitoris, *l.ſtipulatio, §.ſive autem, ff.de oper.novi nunciat. l.1. §.ex hoc reſcripto, ff.de ventre inſpic. l.Dominus*, ubi Cujacius in *reſponſ.Papin. ff.de liber. cauſa*.

Eſt tamen notandum I. ea,quæ jubentur a Prætore, vel a lege, præciſe adimpleri oportere. Ita eſt in ſatiſdatione tutoria; nam cum Tutor cavere repugnat, ut Prætor tutelaris jubet, rem Pupilli ſalvam fore, ſtatutum eſt, ut pignoribus captis coerceatur, *§ pen. Inſtit. de ſatiſd.Tutor. l.2. C. de Magiſtrat. conven.* Ita etiam in actione *Quod metus cauſa*, in qua qui per vim ſtipulatus eſt, inſtante reo, omnimodo compellitur per acceptilationem liberare reum, quamquam tripli pœnam ſolverit, *l.ſi cum exceptione, §.ſed etſi, ff.de eo, quod metus cauſa.* Verba legis ſunt: *Ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilatione, omnino facere compellatur.* Sic etiam in actione de edendo: quippe ex poſteriore Edicto Prætoris, Argentarius menſæ exercitor rationes, quas confecit, edere compellitur; ita enim verbum illud Prætoris, *Edant*, interpretatur Ulpianus in *l.Prætor, §.1.ff.de edendo.* Eſt autem prius Edictum,ut Actor edat Reo actionem, & inſtrumenta litis: poſterius, ut Argentarius rationes edat. Pariter in operis novi nunciatione ex *l.ſtipulatio,§.1.ff.de oper.novi nunciat.* ubi cui nunciatum eſt, ſi ædificare pergat,nec caveat, quidquid ædificaverit Interdicto reſtitutorio deſtruere compellitur. Nec diſſimiliter in Procuratore Rei; nam ſi eo conſenſiente Dominus cavit judicatum ſolvi, Procurator cogitur ad judicium ſuſcipiendum, niſi juſtam habeat excuſationis cauſam, exempli gratia, valetudinis, & neceſſariæ peregrinationis; nimirum ex verbis Prætoris: *Judicium accipere cogam, l.filiusfamilias, §. Procuratorem, ff. de Procurat.* quamvis aliud ſit de Defenſore, *l.non cogendum, ff.cit.tit.* Tandem in actione Damni infecti; licet enim Actor, Reo non cavente, miſſus a Prætore in poſſeſſionem ex primo decreto, poſſit non admitti; tamen ex ſecundo decreto Reus omnino a poſſeſſione expellitur, *l.4. §.ſi intra diem, cum ſeq. ff.de damno infecto*; ubi qui non admittitur ex primo decreto, habet in factum actionem ad id, quod intereſt.

II. Notandum, Prætorem non ſemper iiſdem remediis contra Debitorem uti,ut is adimpleat id, ad quod tenetur. Interdum enim id remedium Prætor adhibet, quod *Pignoris Capio* dicitur, *l.1.& 2. C.de execut.rei judic. l.a Divo Pio, §.in venditione, ff.de re judic.* Ita eſt in Tutore, qui ſatiſdare nolit. Aliquando manu militari rem debitam abducit, & aufert a Reo, quod *Pœnale judicium* dicitur, *l.un. §.1. ff. ſi quis Jus dicenti non obtemper.* Quæ omnia ad eam partem Miſti Imperii pertinent,quæ *Modica Coercitio* nuncupatur; cujus etiam ſunt Mulctæ, Verbera, Vincula, & a poſſeſſione Expulſio, quibus Prætorem uti poſſe in noſtra etiam ſpecie vix eſt, ut dubitari poſſit. Verum de his late diximus ad *tit.de Juriſdict.*

Un-

Digitized by Google

Unde perperam Antonius Faber obtendit, incivile & injuſtum eſſe hominem liberum ad factum præciſe compellere. Dicendum enim eſt, eam vim eſſe contra bonos mores, & Juri contrariam, quam vel Privati inferunt, vel Magiſtratus injurioſe, prætextu & fiducia Dignitatis, *l.nec Magiſtratibus, ff.de injuriis*: at non illam, quam Jure Miſtum Imperium tribuit, *l.3. l.ult. §.ſi quis, ff.de eo, quod metus cauſa, l.injuriarum, §.his, qui Jure, ff.de injuriis, l.1. §.neceſſario, ff.de ventre in poſſeſſ. mittendo.*

De Dividuis, & Individuis, & De rebus unis, ad *l.2.3. & 4.ff. eodem.*

QUoniam ex legibus XII.Tabularum ſtatutum eſt,ea quæ in nominibus ſunt, ipſo Jure in portiones hereditarias dividi, *l.ea quæ, C. famil.Erciſc.* ita etiam æs alienum, *l.pacto, C.de pactis*; hinc inter Juriſconſultos, qui ad eas leges interpretandas conſtituti ſunt, quæri cœptum eſt,utrum id in univerſum verum eſſet.Et facile quidem conſenſerunt, locum habere in rebus iis, quæ dividuæ ſunt, ut quantitas: ceſſare vero in individuis, ut itinere, via, actu, quarum Stipulatio viſa eſt per leges non dividi, quia nec poteſt, *l.heredes, §.an ea, §.idem Juris, ff. fam.Erciſc.* Arduum tamen opus viſum eſt decernere, quæ res, quæ facta Dividuis accenſenda ſint, quæ vero Individuis. Et ſane nihil eſt in noſtro Jure, quod æque obſcure & involute expoſitum ſit. Quare Cynus deterritus, ad hanc tractationem aggredi auſus non eſt, ut ipſe teſtatur in *auth. hoc ita, qu.2. C.de duobus reis*. Cujus conſilium videtur imitatus Cujacius, qui cum omni pene Juriſprudentiæ clariſſimum lumen attuliſſet, hanc tamen partem parum promovit.

Etſi autem inquiſitio Dividui & Individui occaſione portionum hereditatis orta ſit, tamen paulatim alii & alii fructus hujus doctrinæ detecti ſunt in pactis, contractibus, legatis, actionibus,judiciis, aliiſque pluribus; adeo ut hæc tractatio univerſam Juriſprudentiam occupare, in eaque longe lateque regnare videatur.

Agitur de hac re in *tit.* noſtro ſparſim, pluribus in locis, præcipue vero in *l.2.* cum duabus ſequentibus. Sed ut ordine procedamus, ſit.

De natura Dividui, & Individui.

Caput I.

DIviduum eſt, quod in partes ſcindi poteſt, *l.recte dicimus, §.1. ff.de verb.ſignif.* Explicatur definitio. Dicitur *in partes*, id eſt, ſaltem pro

pro indiviſo.: in Jure enim noſtro, ut res dividua dicatur, ſatis eſt, ſi in partes pro indiviſo ſcindi poſſit, nec exiguntur partes pro diviſo.

Pars pro indiviſo eſt, quarta, tertia, dimidia, aut aliqua quælibet rei, nullo certo rei loco deſignato, ut propterea per totam rem vagetur, & intellectu percipiatur, non corpore, *l.placet, ff.quib.mod.uſusfr.amitt. l.ſi quis, ff.de acqu.poſſeſſ.* E diverſo pars pro diviſo eſt, quæ oculo videri, & digito deſignari poteſt, & poſt diviſionem, totum aliquod efficit; nam fundus diviſus pro diviſo, quaſi duo fundi ſunt, *l.communi, §.Neratius, ff.comm.divid. l.1. l.ex mille, ff.de evictione.* Hæc pars dicitur certa, ſicut illa pro indiviſo incerta: ſcilicet incerta, quatenus per totum corpus vagatur, licet ejus quantitas certa ſit, *l.ad certam, ff.de ſervit.* l.3. *in fine, ff.de reivind.*

Hinc intelligimus diſcrimen inter Juriſconſultos & Philoſophos. Nam iſti navem, Stichum, vocant individua, in quantum ad partes pro diviſo; nam ſi ita Stichum dividas, perdes; & *navem ſi dividis, perdis,* Caſcellius apud Macrob.2. *Saturn.6.* At Juriſconſulti & Stichum & navem dividua dicunt, quia partes pro indiviſo recipiunt, *l.ſervus, ff.de ſtipul.ſervor.* Et id Jus Civile introduxit, publicam commerciorum utilitatem attendens, & faciliorem rerum omnium permutationem, mutuamque per contractus communicationem, ut ait Valentia in hoc *tract.cap.3. num.7.*

Dicitur, *ſcindi poteſt*, nam Dividuum non dicit actum, ſed potentiam, id eſt, ut ſcindi poſſit, licet actu ſciſſum non ſit. Unde diſtat a Diviſo, quod actu ipſo, & effectu, in partes jam ſciſſum & ſeparatum eſt, *l.3. ff.de offic.Aſſeſſor. l.nam ſatis, §.1. ff.quemadm.ſerv.amitt. l.ſi ex toto, in fine, ff.de leg.1.* Quocirca obligatio ejus, qui promiſit Stichum, in ipſo Promiſſore eſt dividua, ſed indiviſa: at in ejuſdem heredibus non ſolum eſt dividua, ſed etiam diviſa ex legibus Decemviralibus: quippe Promiſſor ipſe non poteſt invito Creditori Stichum ſolvere per partes, heredes poſſunt, *l.in ſtipulationibus, in princ. ff.eod.*

Ex his facile conſtat, Individuum eſſe, quod in nullas partes neque pro diviſo, neque pro indiviſo ſcindi poteſt, ut iter, via, *l.2. §.1. l.ſtipulationes non dividuntur, ff.eod.* Ex triplici autem ratione dicitur quid Individuum eſſe. Vel enim eſt Individuum uſu, ut iter, *l.via, ff.de ſervitut.* Vel effectu, ut opus, *l.in executione, §.ſecunda, ff.eod.* Vel cauſa, ut pignus, *l.rem hereditariam, ff.de evictione.*

Verum hic plura notemus oportet. I. Specierum alias admittere ſolum partes pro indiviſo, ut exempli gratia Stichus, qui ſi duorum ſit, quiſque Dominus habet dominium in dimidio Sticho, quæ tamen medietas vaga eſt, *l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.locati.* Alias vero ſpecies eſſe capaces partium etiam pro diviſo, uti eſt tignum: unde ædes binæ una contignatione tectæ, ſi unius Domini ſint, & ab eodem diverſis legentur, ita acquiruntur Legatariis, ut ipſorum quiſque partes certas, & pro diviſo

in

Digitized by Google

in tignis habeat, *l. binas quis ædes, ff. de ſervit. urbanor. prædior.*

II. Res dividuas, etiamſi in ſe ipſis indiviſas, poſſe tamen voluntate Contrahentium dividi; nam Stichi pars uni promitti poteſt, altera alteri, *l. in ſtipulationibus, in princ. ff. eod. l. cum Stichus, ff. de ſolut. l. tutor, §. Lucius, ff. de uſuris.* Poſſe & ſolere etiam dividi a lege. Ita obligatio de rato facta per Procuratorem ſine mandato, dividua & diviſa eſt, nam Dominus pro parte ratam habere poteſt, *l. ſi Procurator, l. cum Debitore, ff. rem ratam hab.* Obligatio correorum a Juſtiniano diviſa pariter eſt in ipſis correis, *auth. hoc ita, C. de duob. reis*, ut latius infra *cap. 2. qu. 1.*

III. Creditorem contra quemque heredum Debitoris habere actionem in ſolidum, quia actio ipſius manet indiviſa in eo, nec dividitur, niſi in ejuſdem heredibus. Heres tamen quiſque Debitoris non damnabitur, niſi in partem, *l. ſi duo, in fine, ff. depoſiti.*

IV. Res dividuas quaſdam dividi numero, ut quantitatem, fructum, vinum, oleum, quæ ſcilicet partes pro diviſo admittunt: quaſdam vero in partes, ut eſt de iis, quæ partes pro indiviſo tantum recipiunt, *d. l. cum Stichus, l. ſi centum, ff. eod.*

V. Individuum, quia ſemper tale manet, attendi tam in principali, quam in heredibus ipſius, ſecus quam Dividuum; id enim in ipſo Reo eſt indiviſum, in heredibus ipſius diviſum. Pone, legata ſunt Titio centum, id legatum eſt dividuum; at in quantum ad ipſum Titium indiviſum etiam eſt, quia partem legati agnoſcere non poteſt, partem vero repudiare. Sed Titio mortuo, jam legatum eſt inter heredes ejus diviſum; quare poteſt unus heres partem ſuam agnoſcere, & recipiet quinquaginta: alter vero repudiare, & nihil habere, *l. legatarius, in princ. ff. de leg. 1.* Nempe quia lex XII. Tabularum in heredibus tantum actiones & obligationes diviſit, non in principalibus, in quibus manent indiviſæ.

VI. Quædam haberi, quæ diverſo reſpectu modo dividua ſunt, modo individua. Ita Stipulatio de novi operis nunciatione, ſi agatur ad opus reſtituendum, id eſt, demoliendum, individua eſt: ſi ad id, quod intereſt, pro dividua exiſtimatur, *l. 4. §. ult. ff. eodem.*

VII. Interdum rem, quæ debetur, eſſe dividuam, cauſam tamen eſſe individuam; ut in pignore, cujus cauſa individua eſt, licet pignus dividuum ſit, *l. rem hereditariam, ff. de evictIon.* Ita etiam pœna omnis adjecta obligationi dandi, *l. 5. §. ſi fortem, ff. eod.* Quo caſu omnes heredes collecti tenentur in ſolidum, *d. §. ſi fortem.* At in re individua per ſe, ut eſt iter, ſinguli heredes in ſolidum conveniuntur.

VIII. Male vulgo confundi Unum cum Individuo; nam Unum eſt, quod in plura talia nequit ſcindi: Individuum, quod in plures partes ſcindi non poteſt. Quare Individuum eſt etiam Unum: at non contra, quia etiam id, quod dividuum eſt, Unum eſſe non prohibetur. Stichus eſt unus, & dividuus: Stipulatio annua, una & dividua, *l. ſi Stichum, §. 1.*

Verum hic quædam, ne euntes nos remorentur, privatim examinanda ſunt.

Utrum Conditio reddat actum Individuum.

QUÆSTIO I.

IN eam ſententiam communiter itum eſt a Doctoribus, ut putent, Conditionem ſua natura ſcindi non poſſe: propterea additam rei vel actui de ſua natura dividuo, eundem individuum facere. Moventur ex *l. cui fundum, ff. de condit. & demonſtr.* In contrarium primus omnium diſputavit Molinæus in *Labyrintho par. 3. qu. 7. num. 233.* docens, conditionem ſequi naturam actus, cui adjicitur, & cum actu dividuo dividuam eſſe.

Nos inſiſtendo iis, quæ poſuimus, tria diſtinguemus. I. Conditio rei dividuæ appoſita in ipſo Principali obligato eſt indiviſa, nempe quia ex lege XII. Tabularum res dividua in eodem Principali indiviſa eſt. Id ipſum conſtat ex *d. l. cui fundus*, de qua mox.

Hinc intelligimus Paulum in *l. qui heredi, §. ſi duorum, ff. de condit. & demonſtr.* ubi hæc habet: *Si duorum Servo legatum ſit ſub conditione dandi, non poſſe per partes conditioni pareri, quidam ajunt, ſed ſemel dandam pecuniam. Sed ego contra puto.* Quem textum ſecum facere Molinæus ait, & inde probat, conditionem rei dividuæ appoſitam, eſſe & ipſam dividuam; nam dare pecuniam dividuum eſt, & partium præſtationem recipit, noſtra *l. 2. §. & harum.* Et hic ſub conditione eſt, & tamen adhuc Paulus ait, non neceſſario pecuniam ſemel dandam, ſed per partes præſtari poſſe.

Dicendum tamen eſt, in eo textu rationem dubitandi non pendere ex eo, utrum Conditio dividua ſit, an non; ſed ex eo, quia a Principali obligato ſolutio pecuniæ per partes invito Creditore fieri non poteſt, *d. l. in ſtipulationibus in princ. ff. eod.* Licet enim pecunia dividua ſit, obligatio tamen in Principali manet indiviſa, ut latius infra dicendum erit. Propterea in ſpecie propoſita quidam dicebant, non poſſe per partes conditioni dandæ pecuniæ ſatisfieri. Id reprobat Paulus, nixus eo, quod ibidem notat Accurſius, quia hic duo legata ſeparatim duabus perſonis facta videntur; ſiquidem communis ſervus duorum perſonam ſuſtinet, *l. 1. §. communis, ff. de ſtipul. ſerv.* Quo caſu ſinguli pro parte ſua & conditioni parere poſſunt, & legatum capere, ut dicitur in *d. l. cui fundus, & l. ſi quis legata, §. ult. ff. de condit. & demonſtr.*

Loquitur ergo Paulus in Principali obligato, id eſt, in ipſo Legatario, non in heredibus ipſius: & per conſequens in re dividua indiviſa; & cum Legatarius ſuſtinet duorum perſonam, poſſe per partes conditioni pareri, nempe quia legatum non eſt unum, ſed multiplex. Unde

Digitized by Google

apparet, non fuiſſe repugnaturum Paulum contrariæ Juriſconſultorum ſententiæ, ſi legatum fuiſſet unum, id eſt, ſi uni, vel ſervo unius, legatum factum proponeretur. Ergo Conditio rei dividuæ adjecta, in Principali obligato manet indiviſa.

Intelligimus etiam Pomponium in *l.pen. ff.de condit. & demonſtr.* ubi ſi ita legatum eſt, *Do lego tibi fundum, ſi illi & illi centum præſtiteris*; ſi uni quinquaginta præſtes, dimidiam fundi partem conſequeris. Ita quoque ſi legatus duobus fundus ſit, ſi decem dediſſent, uno ſolvente quinque, is partem fundi conſequetur. Quo textu vulgo Doctores abutuntur, dum ad materiam de Dividuis & Individuis pertinere putant; cum aperte ſpectet ad res Unas & Multiplices. Quæſtio ergo in parte I. fuit, utrum ex multiplicatione perſonarum, quæ mortis cauſa capiunt rem dividuam, mortis cauſa capio una ſit, an multiplex, cum Conditio dandi injuncta eſt uni. In parte II. Utrum ex multiplicatione perſonarum, quibus res dividua injuncta eſt, ſub conditione dandi uni, legatum dicatur unum, an potius multiplex. Et utroque caſu Pomponius reſpondit, multiplicatis perſonis, ſive Dantium ſive Accipientium, actum fieri multiplicem, non tam ex rigore Juris, quam ex benigna interpretatione, & humanitate, ut idem Pomponius ait. Benignitas in eo conſiſtit, quia regula Juris eſt, ut numerus perſonarum non multiplicet actum; quæque enim perſona in ſolidum videtur adhibita. Quare ſi apud duos rem deponam, unus contractus eſt, & quiſque in ſolidum tenetur etiam in re dividua, *l.1. §.ſi apud duos, ff.depoſiti*. Et olim ex duobus correis, ſive debendi, ſive promittendi, etiamſi quantitas in contractu deducta fuiſſet, tenebantur in ſolidum ſinguli. Quod deinde Juſtinianus motus eadem humanitate, qua hic Pomponius, ſuſtulit in *auth. hoc ita, C.de duobus reis*.

Itaque ſi Juris rigorem attendamus, in prædictis caſibus legatum erit unum, & ſcindi non poterit, ex *l.qui duobus 23. ff.de condit. & demonſtr.* quæ lex notanda eſt ibi: *Qui duobus heredibus decem dare juſſus eſt, & fundum ſibi habere, verius eſt ut conditionem ſcindere non poteſt, ne etiam legatum ſcindatur*: quippe legatum unum ſcindi non poteſt, *l.legatarius, in princ. ff.de legat.1.*

II. Conditio rei dividuæ adjecta, in heredibus Principalis obligati eſt diviſa, ut ſit manifeſtum ex noſtra *l.4. §.Cato*, ubi exempla omnium Stipulationum pœnalium ſub conditione concepta ſunt, & tamen Cato ait, eas Stipulationes, quæ de rebus dividuis conceptæ ſunt, & ipſas dividuas eſſe. Qui textus expreſſiſſimus eſt, ut infra latius.

Nec obſtat Jabolenus in *d.l.cui fundus, ff.de cond.& dem.* Eſt enim notandum, eum loqui in Principali obligato: *Cui fundus*, ait, *legatus eſt, ſi decem dederit, partem fundi conſequi non poteſt, niſi totam pecuniam numerarit*. Etſi enim dare decem dividuum ſit, tamen in ipſo, qui debet, eſt indiviſum, ut ex dictis conſtat. Unde eſt tota pecunia numeranda,

Digitized by Google

randa, non ob conditionem, ſed ob rem indiviſam, quæ in principali Debitore æquivalet individuæ. Nos vero hic loquimur de heredibus Principalis obligati, in quibus res dividua eſt diviſa.

Neç difficultatem facit, quod in fine Jabolenus ait: *In eo vero, quod uni ſub conditione legatum eſt, ſcindi ex accidenti conditio non debet, & omnis numerus eorum, qui in locum ejus ſubſtituuntur, pro ſingulari perſona eſt habendus*. Non enim hic ſermo eſt de heredibus Legatarii, quaſi dicat Legatario mortuo, heredes ejus ratione conditionis teneri in ſolidum, licet conditio ſit dandi decem. Quod eſſet caſus impoſſibilis, nam id eſſet dicere, legatum conditionale, mortuo Legatario ante impletam conditionem, tranſmitti ad ipſius heredes, contra *l.un. §.ſin autem, C. de cad. toll.* Quocirca loquitur Jabolenus de heredibus ejus, cui decem ex mortis cauſa capione debebantur; aitque, Legatarium non poſſe uni ex his quinque ſolvere, & partem fundi legati capere; adhuc enim verum eſt decem eſſe in Legatario indiviſa, quia ipſe eſt principalis obligatus. Fatemur quidem, Legatarium non teneri ſingulis heredibus in ſolidum, ſed cuique pro parte: negamus tamen, eum conſequi legatum, aut partem ejus, antequam integra decem ſolvat; ſemper enim in eo indiviſa obligatio eſt, non ratione conditionis, ſed natura ipſius obligationis.

III. Conditio rei individuæ appoſita ſemper eſt individua, *d.l.4.§.Cato, d.l.pen. in princ. ff.de cond. & dem.* ubi Conditio, ſi monumentum fecerint, pluribus propoſita, non poteſt niſi in omnibus ſimul perſonis conſiſtere; quippe monumenti conſtructio eſt petitione & ſolutione individua, *l.in executione, §.ſecunda, ff.eod.* Ex quibus conſtat, veram eſſe Molinæi ſententiam, dum Conditionem ſequi naturam rei, cui adjecta eſt, docet; licet ipſe ad eam probandam alia via procedat.

Utrum Legis Prohibitio faciat actum Individuum, & de Regula, *Utile per Inutile*.

QUÆSTIO II.

PRæſens quæſtio facillime reſolvitur ex antecedenti; nam qui volunt, ex legis Prohibitione actum reddi individuum, moventur ex eo, quod Prohibitio legis tacitam conditionem habet, *Si quid contra fiat, ratum ne eſto*. Sed jam demonſtratum eſt, Conditionem non immutare naturam actus. Ergo nec etiam legis Prohibitio immutabit, ex eo quod in ipſa tacita conditio ineſt, nempe invaliditatis, ſi contra legem fiat.

Verum quia in hac quæſtione ſpeciatim examinanda plurima occurrunt, quæ dependent a Regula, *Utile per Inutile*, propterea de ea hic videndum eſt.

Ulpianus in *l.1. §.ſed ſi mihi, ff.eod.em* ita Regulam concipit: *Utile per*

per Inutile non vitiatur. Exemplum tamen, quod apponit, non pertinet ad tractationem de Dividuis, ſed ad materiam de rebus Unis; loquitur enim de rebus pluribus, licet ſimul aliquo modo unitis. Exemplum itaque eſt in eo, cui ſtipulanti Pamphilum, reſponſum eſt, *Dabo Stichum, & Pamphilum.* Et reſpondit Ulpianus, Stipulationem utilem eſſe in Pamphilo, in quo reſponſio congrua fuit interrogationi: inutilem eſſe in Sticho. Ratio dependet, ex eo quod duæ fuerunt Stipulationes: quippe tot Stipulationes ſunt, quot ſpecies, ſeu ſummæ, *l.ſcire debemus, l.ubi autem, §.pen. ff.eod.* Et demum hac in re addit, Utile per Inutile non vitiari; ſcilicet in rebus pluribus, vel in pluribus Stipulationibus, quamquam aliquo caſu conjunctis.

Imo in rebus pluribus accidit interdum, rem inutilem utili corroborari. Et Juſtinianus in *l.un. §.1. C.de rei uxor.act.* notat, in inſtrumento Stipulationem unam validam aliis inutilibus ſuam præſtare fortitudinem. Exemplum ex Accurſio ibidem eſt, cum Stipulatio pœnalis additur Stipulationi alteri factæ, nam illa, quæ eſt utilis, tribuit robur huic, licet inutili.

Doctores tamen regulam Ulpiani examinant in re dividua, vel individua: quod & nos hic faciemus.

I. Ergo in Dividuis Utile per Inutile non vitiatur, non obſtante prohibitione legis. Ita lex prohibet, donationem fieri ultra 300. ſolidos, vel 500. ſi pro cauſa pia fiat, ſine inſinuatione; tamen quæ ultra eſt, non ruit, niſi in exceſſu: & Utile per Inutile in re dividua, uti eſt ſumma, non vitiatur, *l.ſancimus, §.1. C.de donation.* Sic Fidejuſſor, qui in plus interceſſit, obligatur in tantundem, *l.rogatus, ff.mandati*. Et qui ſtipulatur uſuras ultra legitimum modum, petet uſuras legitimas, *l.pecuniæ, l.placuit, ff.de uſuris.* Tandem ſi cenſus ſuperet fructus rei cenſitæ, contractus cenſualis in exceſſu ſolum eſt invalidus: quippe cenſus de natura ſua dividuus eſt, ut qui in fructibus, vel pro iis in quantitate conſiſtit. Et argumento eſt, quod re cenſita pro parte pereunte, perit cenſus non in totum, ſed pro ea tantum parte, ut in Bulla Pii V. Gibalinus *de penſionibus cap.6. art.11. num.7.*

Obſtare videtur *l.ſi Libertus, §.1. de jurepatr.* ubi ſi Libertus plures res ſimul alienando, minorem ſe centenario fecerit, non fit revocatio ex ſingulis pro rata, ut centenarius fiat, ſed omnium rerum alienatio nullius momenti eſſe dicitur.

Verum hic caſus ſpecialis eſt, ob fraudem. Libertus enim, cum plures res ſimul alienando, minor centenario fit, id facit in fraudem Patroni, & ipſo Jure alienatio nulla eſt, *d.l.ſi Libertus, in princ.* Fraus autem totam æque alienationem afficit, nec verſatur magis in una re, quam in alia, cum omnes ſimul alienatæ ſint, argumento ex *l.ſi duo, §.quod ſi lancem, ff.depoſiti*. Quia ergo alienatio revocata eſt ob fraudem, & fraus in tota alienatione interceſſit, ideo tota etiam alienatio nulla eſt.

II. In

II. In Individuis Utile per Inutile vitiatur. Verum hac in re Individuum ſpeciali quadam ratione attenditur, contra quam in reliquo præſenti tractatu. Quippe Individuum hic quatuor modis accipi poſſe, notat Bartolus in *l.Græce, §.illud, ff.de Fidejuſſor.*

Primo ob formam alicui actui a lege impertitam. Sæpe enim Lex ſolemnitates aut conditiones pro forma habet; & inde una ex his deficiente, actus ruit in totum. Ita ſi Prætor citra exactam cauſæ cognitionem, quam Oratio D. Marci præſcribit, tranſigi permittat de alimentis teſtamento relictis, Tranſactio nullius erit momenti, *l.cum hi, §.ſi Prætor, cum ſeq ff.de Tranſact.* Nam ea Oratione de tribus Prætor videre debet, de cauſa, de modo, de perſonis, *d.l.cum hi, §.ult.* Et ſi ad eligendum Laici ſe immiſceant Canonicis, electionis nulla omnino ratio habetur; *cap. Meſſana, de elect.*

Ceterum hæc forma in dubio non videtur inducta, ne actus ruant; in dubio enim id, quod minimum eſt, ſequimur. Ita in donatione, quæ excedit ſummam legitimam, inſinuatio pro forma non exigitur, cum non infirmetur in totum, ſed in exceſſu, *d.l.ſancimus, §.1.* Hinc intelligi poteſt, ſi Prælatus locet res Eccleſiæ ultra triennium, ſine Summi Pontificis aſſenſu, locationem pro triennio valere, quamvis contrarium doceant Jaſ.in *auth.qui rem, C. de Sacroſ.Eccl.* Alex. *conſ.52.* Tempus enim ſui natura diviſionem recipit, *l.ſi peculium, §.quædam, ff.de ſtatu lib.*

Secundo ob dependentiam, nam vitiato principali ruit & acceſſorium: & legato ſervo cum peculio, ſi ſervus a Teſtatore alienetur, manumittatur, vel vivo Teſtatore decedat, nec peculium debetur, *l.1. & 2. l.tunc inutile, ff.de pecul.leg.* Interdum ob acceſſorium corruit principale, nam ob ephippium non præſtitum redhibetur equus, *l.ædiles 2.ff.de ædilit. edic.* Et ſi Judæus emat fundum cum adſcriptitiis Chriſtianis, tota venditio nulla eſt, ob adſcriptitios Chriſtianos, quos Judæus emere nequit, Gloſſa communiter recepta in *l.quemadmodum, v.manſerunt, C.de agric.lib.11.*

Tertio ob voluntatem Contrahentium; hinc enim contractus cenſentur individui, quia quis aliter non contraxiſſet, *l.quod ſi duo, ff.de in diem addict. l.ſi quis aliam, ff.de ſolut.* Imo videtur potius res una, ut infra de *Rebus Unis.* Quare ſi in hominem liberum & ſervum compromiſſum ſit, eſt Compromiſſum nullum etiam in homine libero, propterea quod in ſervum compromitti non poteſt, *l.Pedius, §.1. ff. de arbitr.* Et hinc fortaſſe dependet ratio, cur ſi Fidejuſſor ſe obliget in duriorem cauſam, quam reus (duriorem, ſcilicet, loco, tempore, cauſa) omnino non obligetur, *d.l.Græce, §.illud.* Id tamen Bartolus ad formam refert.

Quarto ob naturam; cum ſcilicet quid ſua natura partes non recipit. Puta quia recognitio Domini individua eſt, ideo ſi Emphyteuta pro parte emponemata, vel Jus emphyteuticum alienet, irrequiſito Domino, contra legis vetitum, in totum cadit a Jure ſuo, *l.3. §.fin. C.de Jure emphyt.*

Digitized by Google

phyt. Alex. Alciat. aliique in noſtra *l.4.§.Cato*, poſt Gloſ. in *l.communi, C.comm.divid.*

Objicies I. ex *l.proprium , ff.comm.prædior.* ubi ſi vendam prædium meum, & ſtipuler ſervitutem individuam mihi & vicino, quia alteri non acquiro, totam mihi acquiro.

Reſpondetur, id ſpeciale eſſe ob Jus non decreſcendi ; nam cum ſtipulor mihi , tota res mihi acquiritur : cum vero etiam alteri rem eandem ſtipulor, quia ſtipulatio non valet, res mihi non decreſcit,& adjectio Extranei pro ſupervacanea habetur. Ita communiter Doctores cum Bartolo *ibidem* . Quamvis autem in contractibus Jus non decreſcendi locum habeat, ſecus tamen eſt de Jure accreſcendi, quod in ultimis tantum voluntatibus admittitur . Si enim ſtipulor decem, vel Stichum , vel aliam rem dividuam,mihi & Titio, dimidiam partem mihi acquiro, pro altera dimidia inutilis eſt ſtipulatio, nec mihi accreſcit, ut notat Pacius in *§.quod ſi quis,Inſtit.de inutil.ſtipul.* Verius tamen fortaſſe dicemus, in *d.l.proprium* duas eſſe Stipulationes.

Objicies II. quia ſi duo, alter ſciens, alter ignorans, emant liberum hominem , qui ſe vendi paſſus eſt , reſpectu ſcientis venditio eſt inutilis , totuſque homo ignoranti acquiritur , *l.liberis, §.ſi duo , ff.de liber.cauſa, l.fin. ff.quib. ad libert. proclam. non lic.* Et tamen libertas individua eſt , *l.ſi pariter, in fine , ff.de liber.cauſa.*

Reſpondetur, ſcientem excludi ex culpa ſua, qui ignoranti præjudicium inferre non poteſt, cum non poſſit alteri per alterum iniqua conditio inferri . Vide de his omnibus late Alciatum in *prælect. Avenionenſi ad d.l.1. §.ſed ſi mihi , a num.3.* & Covarr.*2.var.16.* Hic vero etiam rectius dicemus duas eſſe ſtipulationes.

An Jusjurandum reddat rem , cui ſubditur, individuam.

QUÆSTIO III.

Etſi vulgo Doctores affirment, verius tamen eſt, diſtinctione adhibita eſſe procedendum . Aut enim loquimur de ipſo Jurejurando, aut de re, cui adjicitur . Si de ipſo Jurejurando, fateri omnino oportet eſſe individuum, cum nequeat quis pro parte eſſe perjurus: eodem modo, quo fides etiam individua eſt, & quiſquis eam in parte temerat , totam violat, *can.pura* , 3. *q.9.* Quare qui decem dare juravit , ſi quinque tantum ſolvat , in totum perjurus eſt, tanquam ſi nihil dediſſet: & in hoc Doctores conſenſiunt. At ſi de re,in qua Jusjurandum interpoſitum eſt, loquamur, potius eſt, eam, ſi dividua eſt, remanere adhuc diviſionis capacem , argumento ejus , quod dicitur in *l.heredes , §.idem Juris , ff.fam.erciſc.* ubi ſi pe-

Digitized by Google

pecunia ſub pœna promiſſa ſit, remanet obligatio dividua; at parte ſoluta, pœna in totum committitur; nam nec pœna, nec jusjurandum naturam rerum mutare & ſubvertere poteſt, & facere individuum id, cui ſua natura partes inſunt: naturæ enim rerum immutabiles ſunt. Vide textum in *l. hæc ſcriptura, ff. de condit. & demonſtr.*

Hæc locum habent in re una dividua; nam ſi Jusjurandum pluribus rebus ſubjiciatur, tunc qui unam tantum non obſervat, in ea tantum eſt perjurus; non quod Jusjurandum ſit eo caſu dividuum, ſed quia tot Jurajuranda interpoſita cenſentur, quot ſunt res, exemplo ſtipulationis, legati, venditionis, & ſimilium, quæ pro numero rerum multiplicata intelliguntur, ut recte obſervat Cancerius *par. 3. variar. qu. 17. num.* 80. Quare Libertus, qui Patrono operas, donum, munus, ſe præſtiturum juravit, ſi præſtet operas, & donum, ſed non munus, in eo tantum perjurus eſt, quia triplex Jusjurandum factum cenſetur: & qui juravit, ſe ſtare arbitrio, ſi arbitrium plura & diſtincta capita comprehendat (quo caſu plura arbitria eſſe dicuntur) & jurans uni ſtare recuſet, non erit in omnibus perjurus; & debent Arbitri in reliquis arbitrium executioni demandare, ut idem Cancerius docet.

His ita præmiſſis, jam ad ipſas obligationes dividuas individuaſque explicandas aggrediamur. Qua in re eum ordinem tenebimus, qui proponitur a Paulo in *l. in executione, ff. eod.* ubi totius hujus artis epilogum haberi, ait Zaſius *ibidem*. Dividit Paulus obligationes omnes in ſpecies quatuor. Aliæ ſunt petitione & ſolutione dividuæ. Aliæ e contrario petitione & ſolutione individuæ. Duæ reliquæ ſpecies veluti ex his miſtæ ſunt; nam quædam ſunt dividuæ petitione, individuæ ſolutione: quædam e contrario ſolutione dividuæ, petitione individuæ. Quæ quatuor ſpecies ſumma arte collectæ ſunt, teſte *ibidem* Cujacio.

His pro complemento adjungamus, veluti pro Mantiſſa, brevem tractationem de rebus Unis, quas vulgo perperam cum Individuis confundunt. Unde plures & magni in toto hoc tractatu errores orti ſunt.

De Dividuis Petitione, & Solutione.

Caput II.

HÆc ſunt, quæ a pluribus unius Creditoris heredibus non petuntur in ſolidum, ſed a quoque pro ea parte, pro qua heres eſt: & a pluribus heredibus unius Debitoris ſolvuntur non in ſolidum, ſed a quoque pro parte ſua; nam ex lege XII. Tabularum dividua non attenduntur ut diviſa, niſi in heredibus: quippe in ipſo Creditore & Debitore relicta ſunt indiviſa, ut jam ſupra monuimus, & infra latius in *qu.* 1.

Hujuſmodi ſunt in Stipulatione dandi, Quantitas, Species, Uſusfructus:

lege XII. Tabularum diviſa eſt: quare nequeo ab uno ex heredibus, niſi partem, pro qua heres eſt, petere, *l.ſi duo, ff.depoſ.* Cujacius hic in *l.2.* Alciatus in *l.in executione, v. prima ſpe cies, ff.eod.* qui recte monet, id totum a lege XII. Tabularum pendere.

Hinc intelligimus, Regulam, quæ ait, *Ex perſona heredum conditio obligationis non immutatur*, locum habere in obligationibus individuis, *d.l.2. §.ex his*: ceſſare vero in obligationibus dividuis, ut notat Paulus in *l.2. §.incertam, ff. de Prætor.Stipul.* quippe obligatio indiviſa in Defuncto, fit in heredibus diviſa.

Objicies. Quantitas genus eſt, & per modum generis debetur; quare nec perire unquam poteſt, nec deterior fieri poteſt, uti eſt de genere, *l.incendium, C.ſi cert.petat.* Sed Genus eſt individuum, hic in *l.2.§.& harum.* Ergo etiam Quantitas.

Diſtinguendum eſt, Quantitatem tunc dici genus, ubi quis nummos promittit: ſecus vero eſſe, cum promittit hos decem nummos; quo caſu ſpeciei aſſimilatur, *l.ſi certos, ff.eod.* Fab. *de var.ſolut. qu.4. num.59.* & mox clarius patebit.

De Specie.

SPecies in Jure noſtro vocantur corpora, ut talis equus, talis fundus, Stichus. Et hæ in Jure dividuæ ſunt omnes: at non eodem modo, nam ut monuimus, aliæ ex ipſis partes admittunt pro indiviſo, & pro diviſo, ut fundus; aliæ pro indiviſo tantum, ut Stichus, quem ſi dividas, perdes. Propterea Ariſtoteles vocat ἄτομα, *Individua*, phyſice ſcilicet, quippe partes pro indiviſo intellectu Juris conſtituuntur, *l.ſervus, ff.de ſtipulat.ſervor.*

Hinc fit, ut obligatio dandi ſpeciem dividua ſit, & æquiparetur obligationi dandi quantitatem. Ita in *l.ſi ſtipulatus, §.1. ff.de ſolut.* qui decem debet, & Stichum debet, partem ſolvendo, pro ea parte liberatur; & in *l.pars ſtipulationis cum ſequ. ff.de acceptilat.* tam in nummis, quam in certo corpore, poteſt ex parte acceptilatio fieri: veluti ſi uni ex pluribus heredibus Debitoris accepto feram. Concordat noſtra *l.2.§.idemque, & l.quidam, ff.de rebus creditis.*

Verum plures hic caſus ſunt diſtinguendi. I. Cum ſtipulor Stichum, vel talem fundum, inter heredes meos ita dividitur ſtipulatio, ut partes corporum cuique debeantur, *l.in ſtipulationibus, in princ. ff.eod.* Solutio vero a Promiſſore non uno modo fiet; nam ſi ſpecies non recipiat partes, niſi pro indiviſo, ut eſt in Sticho, unus ex heredibus ſolvet Stichum, cautione recepta, ut is in judicio familiæ erciſcundæ pretium partis coheredi ſolvat, tanquam ſi res eſſet individua, hic in *l.2. §.ex his* juncta *l.non amplius, §.1. ff.de leg.1.* At ſi ſpecies partes recipiat etiam pro diviſo, ut

eſt in fundo, Promiſſor cuique partem ſolvet, *d.§.1.*

Unde duplex diviſio eſt. Una dicitur fieri numero, ut cum fundum in duos fundos divido, frumentum vel pecuniam in duos acervos; quæ locum habet in iis, quæ partes pro diviſo accipiunt. Altera dicitur per partes, eſtque in iis, quæ partes tantum pro indiviſo admittunt, *l.cum Stichus, ff.de ſolut. l.ſi centum, ff.eod.*

II. Cum moritur Promiſſor pluribus heredibus relictis, ſi quidem debitum ſit fundi, a ſingulis heredibus Stipulator partem fundi petet: at ſi debitum ſit Stichi, aget in ſolidum contra unumquemque, ſed conventus non condemnabitur, niſi pro qua parte heres exiſtit: tamen niſi ſpeciei integræ ſolutione liberatio non contingit, *l.ſi duo, in fine, ff.depoſiti.* Ideo autem Creditor aget in ſolidum, quia actio in quantum ad ipſum manet indiviſa; nec enim dividitur, niſi in heredibus ipſius.

III. Si Servus communis Stichum ſibi dari ſtipuletur, ita dividitur ſtipulatio inter Dominos, ut cuique pars corporis Stichi debeatur, *d.l.in ſtipulationibus, in princ.* Pariter ſi Stichum & Pamphilum Servo communi promittam, dimidiæ ſingulorum partes ſingulis Dominis debentur, ita ut uni Stichus, alteri Pamphilus ſolvi non poſſit, *d.l.cum Stichus.*

Neque tamen hinc inferas, Dividuum eſſe etiam diviſum in Principalibus contra legem XII. Tabularum; nam hi caſus nihil ad eam legem pertinent; cum ideo hic ſtatim diviſio fiat, quia Servus communis vicem duarum perſonarum ſubſtinet, *l.1. §.communis, ff.de ſtipul.Servor.* Perinde ergo eſt, ac ſi duo Servi ſtipulati eſſent ſeparatim, quiſque partem. Et diviſio eſt ex voluntate Contrahentium.

Nonnulla ſunt, quæ e contrario Speciem rebus Individuis accenſendam eſſe ſuadere videntur. I. Statua, quæ ſpecies eſt, computatur inter res Individuas in *l.fideicommiſſa, §.pen. ff.de leg.3.* ubi ſi Teſtator juſſit opus fieri, ſtatuam collocari, ſervitutem conſtitui, quiſque heredum tenetur in ſolidum, quia hæc diviſionem non recipiunt, ut ibi dicitur.

Verum eſt diſtinguendum inter ſtatuam, quæ eſt ſpecies, & in conſequens dividua, & collocationem ſtatuæ, quod eſt opus, & ideo individuum, *l.in executione, §.ſecunda, ff.eod.* Itaque non agitur de obligatione dandi, ſed faciendi.

II. Ex *l.ſi ſervus ſervum, §.item ſi, ff.ad legem Aquiliam*; nam ſi ſervus communis, meus & tuus, ſit occiſus a ſervo Titii, alterutri ex Dominis agenti ſervus occiſor noxæ dedi ei in ſolidum oportet; quia, ut ibi Ulpianus ait, *hæc res diviſionem non recipit.*

Id tamen ita eſt, non quia ſervus partes pro indiviſo non recipiat, ſed quia lex jubet Dominum, ſi litis æſtimationem præſtare nolit, jubet inquam ſervum noxæ dedere, *§.1. Inſtit. de noxal.action.* Qui autem ſervum dicit, totum dicit, non partem: ex quo fit, ut noxæ deditio individua ſit, & cum Ulpianus ait, *Hæc res diviſionem non recipit*, non intelligit ſervum, ſed noxæ deditionem, ut *ibidem* recte Accurſius explicat.

Ce-

Digitized by Google

Ceterum qui ſervum uni ex Dominis noxæ dedit, officio Judicis etiam ab altero Domino eſt abſolutus; & is, cui noxæ deditus eſt, alteri tenetur judicio communi dividundo. Vide in *l.ſi in re communi, ff.de noxal. action.* Ex quo etiam manifeſtum fit, ſervum rem dividuam eſſe; nam quæ individua ſunt, in hoc Judicium non veniunt, *l.arbor, §.de veſtibulo, cum 2.§§.ſeqq. ff.comm.divid.*

Ex eadem ratione dependet, quod dicitur in *l.ſi ſervus communis, in princ. ff.de noxal.act.* ubi ſi ſervus communis furtum fecerit, quilibet ex Dominis in ſolidum noxali Judicio tenetur, nec ferendus eſt, ſi partem dedere fuerit paratus; nempe quia lex jubet ſervum noxæ dedi.

Vulgo tamen Doctores cauſam referunt ad id, quod dolus & delictum individuum ſit, *l.in depoſiti, ff.depoſ. l.ſemper, §.ſi in ſepulcro, ff. quod vi aut clam.* Hinc ſi plures res plures furto ſubtraxerint, vel damnum in eis dederint, ratione delicti individui, in ſolidum quiſque tenetur, & convenitur, nec uno punito ceteri liberantur, *l.item Mela, §.ſed ſi plures, l.ita vulneratus, §.fin. ff.ad legem Aquiliam, l.tres tutores, §.ſed ſi ipſe, ff.de admin.tutor. l.vulgaris, §.ſi duo, ff.de furtis, l.ſi plures, ff.arbor. furt.cæſar. l.1. C.de condict. furt.* Quare cum ex conſtit. Regni *Ad hoc*, ex furto ultra unciam fur capite plectatur, & plures ſint, qui omnes ſimul ultra unciam ſurripiant, quiſque legis pœnam ſubibit.

Hinc etiam ſi plures pro medietate conſilio hominem necaverint; licet non omnes percuſſerint, omnes tenentur lege Cornelia de Sicariis, quia omnium idem eſt dolus, *l.2.§.ſi quis non homines, ff.de vi bonor.raptor. l.3. ff.ad legem Juliam de vi privata.* Secus eſt in rixa, ubi ictus uniuſcujuſque contemplari oportet, quia ſingulorum diſpar dolus, *l.ult. ff.ad legem Corneliam de ſicariis.* Propterea illo caſu omnes irregulares fiunt, iſto ille ſolus, qui vulnus letale intulit, Alex. *conſ.2.lib.7.* Anchar. *conſil.216.* Felin. in *cap.ſignificaſti, de homicidio.*

Quod ſi de vulnerante letaliter non conſtet, omnes civili pœna pecuniaria plectuntur, *d.l.item Mela, §.ſed ſi plures, l.1.§.ult.ff.de his, qui deject.* Pœna vero ordinaria non tenentur, *l.abſentem, ff.de pœnis*, ibi: *Sed nec de ſuſpicionibus debere aliquem damnari, D.Hadrianus Aufidio Severo reſcripſit. Satius enim eſſe, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*, Fab.in *d.l.ita vulneratus*, late Valentia hoc *tract.cap.4. a num.30.ad 35.* De hac tamen re latius, cum de Individuis, ubi de Clauſula Doli mali.

Digitized by Google

An Creditor invitus partem quantitatis vel ſpeciei a Debitore recipere cogatur.

QUÆSTIO I.

IN varias opiniones a Doctoribus diſceſſum eſt. Alciatus in libello *de diviſ. Stipul. in princ.* docet, Creditorem vel invitum partem recipere cogi, in eaque liberationem contingere. Alii poſt Jacobum de Ravenna in contrarium nituntur. Alii varie diſtinguunt poſt Gloſſ. in *l. quidam, ff. de rebus creditis*.

Verius puto, regulam eſſe, Creditorem non cogi ad partem pecuniæ vel ſpeciei debitam recipiendam: quod tuetur Melchior de Valentia hoc *tract. cap.* 4. a *num.* 36. Faber *de variis ſolut. cap.* 7. a *num.* 29. *ad* 66.

Et probatur ex *l. tutor, §. Lucius, ff. de uſuris*, ubi qui centum ſub uſuris debebat, obtulit Creditori partem æris debiti; & Creditore eam recuſante, obſignavit & depoſuit. Reſpondit Modeſtinus, *Non retardari totius debiti uſurarum præſtationem.* Cujus rei cauſa alia eſſe non poteſt, niſi quia Creditor partem recipere non cogitur. Unde in *l. obſignatione, C. de ſolution.* dicitur, *Obſignatione totius debitæ pecuniæ ſolemniter facta liberationem contingere*. Ergo parte obſignata, liberatio non contingit.

At vero quæ ſit hujus diſpoſitionis ratio, dubitatur. Et dubium oritur ex eo, quod quantitas & ſpecies dividua ſunt; quare juxta ſui naturam videntur recipere poſſe & debere ſolutionem per partes. Faber *n.* 31. eam eſſe opinatur, quia obligatio, ut quid incorporale, individua eſt. Id tamen vanum eſt; non enim hic attenditur obligatio in ſe, ſed relata ad materiam, quæ in obligationem deducta eſt, quæ ſi fuerit dividua, obligatio etiam ut dividua habetur, *l. in executione, in princ. ff. eod.* Alioquin nunquam dividui ratio locum haberet, de qua propter obligationem quæritur. Alii rationem eſſe dicunt, quia damno afficeretur Creditor, ſi per partes ſolutionem accipere cogeretur; cum ſolutio & exactio partium magna perſæpe incommoda habeat, *l.* 3. *ff. fam. erciſc.* Verum neque hæc ratio proba eſt; quia ſi aliquid urgeret, locum etiam haberet in heredibus Debitoris: & tamen certum eſt, heredem quemque non cogi, niſi ſuam partem ſolvere, *l. ſi duo, ff. depoſ.*

Ea ergo ratio vera eſt, quia lex XII. Tabularum res dividuas reliquit indiviſas in Debitore, & Creditore, eaſque ſolum diviſas fecit in heredibus eorundem, noſtra *l.* 4. *§. ſed videamus*, & jam ſupra dictum eſt. Si ergo in Debitore ipſo indiviſa eſt, nequit Creditorem cogere ad partem accipiendam, *d. l. tutor, §. Lucius.* E contrario, quia in heredibus Debitoris diviſa eſt, cogitur Creditor a ſingulis eorum partem accipere, *d. l. ſi duo,*

Hinc

Hinc eſt, quod olim e duobus correis, ſive debendi, ſive promittendi; etiamſi quantitas aut ſpecies in contractum deducta fuiſſet, tenebantur in ſolidum ſinguli. Quod ſubſtulit Juſtinianus in *auth. hoc ita, C. de duob. reis*; qui propterea eo caſu fecit rem dividuam in ipſis Principalibus diviſam: nec enim diſpoſito Juſtiniani procedit in re individua, quam utique non diviſit, quia nec potuit, argumento ex *l. heredes, §. idem Juris, ff. fam. erciſc.* & monet Cujacius hic in *l. 2. § ſi tamen*. Quoniam ergo in ſpecie noſtra nihil immutatum eſt, manet ut ex lege Decemvirali obligatio Debitoris indiviſa ſit, nec ipſum poſſe per partes ſolvendo liberari.

Excipe I. Cum ita inter Debitorem & Creditorem conventum eſt, ut liceat etiam particulatim, quod acceptum eſt, exſolvere; tunc enim in parte ſoluta liberatio contingit, & ceſſat pro ea parte uſurarum curſus, *d. l. tutor, §. Lucius.* Nempe quia res dividua indiviſa poteſt conventione Contrahentium fieri diviſa, *l. in ſtipulationibus, in princ. ff. eod. l. cum Stichus, ff. de ſolut.*

II. Favore libertatis, *l. cum heres, §. item ſi decem, ff. de ſtatulib.* ubi *ſi ſervus decem heredi dare juſſus fuerit, heres etiam per partes accipere favore libertatis cogendus eſt*. Et ita intelligendus eſt textus in *l. ſi peculium, §. quædam, ff. cit. tit.* ibi: *Igitur etſi ſingulos aureos det Statuliber, poteſt dici eum impleſſe conditionem.* Quibus verbis fruſtra Faber *num. 43.* addit negationem, & legit, *Eum non impleſſe*. Et quoniam exceptio firmat regulam in contrarium, inde fit, ut ex his etiam legibus conſtet, regulam eſſe, ut Creditor particulatim pecuniam accipere non cogatur.

III. In Debitore Principis, ex *l. placuit, C. de collat. fundor. patrimon.* ubi iis, qui fundos Principis, ſive ut patrimoniales, ſive ut emphyteuticos poſſident, ſub præſtatione annui canonis, conceditur ut eum ſolvant, quo voluerint tempore, & qua voluerint quantitate, modo tres præſtationes & illationes non excedant. Quod ideo ſtatutum eſt, quia Princeps non ſe acerbum exactorem præbere debet, ut de Curatore Reipublicæ dicitur in *l. ſi bene, ff. de uſuris*.

IV. Si non totum debitum ſit liquidum; nam non cogitur Debitor, niſi partem liquidam ſolvere, de cetero ſatis eſt, ſi ſatiſdet, *l. ſtatuliber rationem, ff. de ſtatulib.* ubi Statuliber rationes reddere Juſſus, ſi quod apparet, ſolvit, & quod obſcurius eſt, ſatiſdare paratus ſit, libertatem conſequitur. Aliquando nec ſatiſdatio exigitur, veluti ſi de cetero litigare oporteat, *l. permittendum, ff. ſi pars heredit. petat.* Huc etiam pertinet *l. quidam, ff. de reb. cred.* de qua infra.

V. Si Creditore volente particulatim ſolutio fiat. Et ita intelligendus eſt textus in *§. ſicut autem, Inſtit. quibus mod. toll. oblig.* cum ait: *Sicut autem quod debetur, pro parte recte ſolvitur, ita in parte debiti acceptilatio fieri poteſt*, id eſt, ut par ſit in utroque caſu ratio, & ſicuti acceptilatio non fit, niſi Creditore volente, ita nec ſolutio pro parte; nam una determinatio plura reſpiciens, omnia æqualiter determinat: quare fru-

Digitized by Google

fruſtra hic textus ab Adverſariis pro contraria opinione allegatur. Eodem modo explicari debet, quod habetur in *l.illud, ff.de ſolut.* ubi ſi par & dierum & contractuum cauſa ſit, ex omnibus ſummis pro portione videtur ſolutum; nam alioqui ſi diſpar ratio ſit, in antiquiorem vel graviorem cauſam ſolutum intelligitur, *l.in iis, in princ. ff.cit.tit.* Ita etiam de volente Creditore accipiuntur *l.cum decem , l.filius , l.ſi is qui , §.ſin autem, ff.cit.tit. l.centum Capuæ, ff.de eo, quod certo loco.*

Quæres, an ſolutio partis, Creditore volente, perimat pro ea parte obligationem. Et dicimus perimere ex *l.ſi ſtipulatus ſum 9. §.1.ff.de ſolut.* ubi qui decem debet, partem ſolvendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque ſola in obligatione remanent. Non ita eſt in re individua; nam qui hominem in genere debet, partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non deſinit, ut *ibidem* habetur.

Neque eſt contrarium, quod dicitur in *l.ſi non ſortem, §.ſi decem, ff.de condict.ind.b.* nempe, *Non perimi partem dimidiam obligationis* : etenim ibi ſermo eſt de obligatione alterna; promiſit enim quis decem, aut Stichum; & hic ſolvendo quinque partem obligationis non perimit. Ratio eſt, quia obligatio alterna eſt ſolutione individua, *d.l.2. §.& harum*. Simile eſt in pignore & pœna, ut ſuis in locis.

Hinc fit, ut ſolutio partis pecuniæ mutuæ facta Creditore volente, remoretur pro ea parte uſurarum præſtationem, quamvis contrarium dicat Faber *num.*40. Nam abſurdum eſt, uſuras peti ab eo, qui non debet, *l.ſi pupillus, ff.eodem*; & non debet is, cujus obligatio peremta eſt.

At vero contra præpoſitam a Nobis Regulam multa ſunt, quæ objiciuntur. I. ex *l.quidam, ff.de reb.cred.* ubi Julianus de fundo & quantitate hæc habet: *Humanius facturus videtur Prætor, ſi Actorem compulerit ad accipiendum id, quod offeratur, cum ad officium ejus pertineat lites diminuere.* Ex quo textu Merenda 1. *contr.*32. colligit, diſtinguendum eſſe, ut Creditor invitus ſtricto Jure ad partem recipiendam cogi non poteſt, at poſſit ex æquitate Prætoris; præſertim ſi ex hac ſolutione particulatim facta nullo damno Creditor afficiatur.

Varie a Doctoribus reſponſum eſt. Faber *loc.cit.* a *num.*48. non tam nodum ſolvit, quam ſecat; hanc enim *legem* inſcitiæ Triboniani imputat. Et movetur, quia Prætoris officium non eſt judicare, ſed illud ſolum, ut litem apud ſe conteſtari pateretur; ea conteſtata, ſi facti emergebat quæſtio, daret Judicem; poſtremo dati Judicis ſententiam exequeretur, *l.cum Prætor, in princ. & §.1. l.judicium ſolvitur, ff.de judic. l.quod juſſit, l.a D.Pio, in princ. ff.de re judic.* Movetur etiam, quia ſi petenti decem, vel fundum, quinque duntaxat, vel pars fundi offeratur, & Prætor cogat Creditorem accipere, diminuitur quidem hoc caſu quantitas, & res, de qua lis eſt, ſed non ipſa lis, quæ adhuc ſupereſt in reliquis quinque, & in reliqua parte fundi.

Placet tamen reſponſio Accurſii, quam Doctores ſequuntur, dum

Ju-

Digitized by Google

Julianum intelligit eo caſu, quo totius quantitatis ſeu rei debitum liquidum non eſt; ſed Debitor fatetur partem ſe debere, quam ſolvere paratus eſt: de altera autem controverſiam faciat. Utique Prætor compellet Creditorem partem liquidam accipere ad litem diminuendam : ut eſt ſpecies textus in *l.permittendum*, *ff.ſi pars heredit.petat.* ubi Poſſeſſori hereditatis convento permittitur partem defendere, partem vero cedere. Et ſane verbum illud *Permittendi* ſatis demonſtrat id Prætoris officio fieri, Cujacius *lib.48. Digeſtor.Juliani*, in *d.l.quidam*. Huc etiam facit *d.l.Statuliber rationem, ff.de Statulib.* nam ſervus liber juſſus eſſe, ſi rationem reddat, ſi quod liquidum eſt, ſolvat, & de illiquido ſatiſdet, libertatem conſequitur. Quod etiam eſt ex æquitate Prætoris; nam de æquitate Prætor cognoſcit, qui *Liberalis* dicitur, *l.1. C.ſi mancip.ita venierit.*

His ita poſitis, difficultates Fabri non obſtant. Nam etſi Prætor in cauſis ordinariis non judicaret, ſed lite conteſtata Judicem daret, qui de facto cognoſceret; id tamen verum eſt, quando aderat facti quæſtio: nam ſi litis conteſtatio facti quæſtionem & obſcuritatem nullam pareret, Prætoris erat pronunciare, an res petita deberetur, ut ipſe fatetur Faber ex *l.Titia, §.1. ff.de auro & arg.leg.* ibi: *Si lite conteſtata Prætor ita pronunciaverit, ut materia præſtetur;* & infra: *Paulus reſpondit, Prætorem, qui auro legato certi ponderis materiam præſtari juſſit, recte pronunciaſſe videri.* Jam ita eſt in caſu noſtro; nam ubi Debitor fatetur partem debiti liquidam, & eam offert, certe nulla facti quæſtio circa eam eſt. Propterea nihil obſtat, quo minus Prætor pronunciet, eam recte ſolvi: de illiquida vero Judicem adeant.

Ex quo ſine dubio lis diminuitur; nam in *d.l.quidam*, *diminuere* legendum eſt, ut in Pandectis Florentinis, non vero *dirimere*, ut eſt in vulgatis. Quæ litis diminutio non eſt vana, ut obtendit Faber, ſed ſæpe utilis; nam inde fit, ut Statuliber libertatem conſequatur, *d.l.Statuliber rationem.* Fit etiam, ut qui propter litem magni momenti tutor eſſe non poterat, ob diminutionem litis tutelam ſuſcipere queat, *l.propter litem, ff.de excuſat.tutor.* juncta *Novel.72. cap.1.*

Non omittam, textum in *d.l.quidam* a nonnullis intelligi, cum Reus coram Prætore conventus, fatetur totum debitum, ſed præ paupertate non habet, unde totam ſimul ſummam ſolvat: quare Prætor, ne Debitor perpetuo in vinculis ſit, contra textum in *l.mandatis*, *ff.de pœnis*, & in *l.incredibile*, *C.eit.tit.* jubet Reum ſolvere debitum pluribus penſionibus, damnatque eum, exempli gratia, præſtare tot in ſingulos menſes. Quæ explicatio, etſi minus vera, tamen ex æquitate hoc Jure utimur.

II. Objicitur ex Ulpiano in *l.in his*, *§.1. ff.de ſolut.* ubi qui duos dederit Fidejuſſores, poteſt ita ſolvere, ut unum liberet: & Accurſius *ibidem* id tam Creditore volente, quam invito, locum habere notat.

Facile ex eodem Accurſio reſpondetur, nempe Ulpianum loqui, ubi Debitor non ſuo, ſed Fidejuſſoris nomine ſolvit; cum enim ex epiſtola

Digitized by Google

Vis ſtipulationibus ſine injuria Stipulatoris conſtitui poteſt . Putem , injuriam in hoc conſiſtere, quia pœna ſtipulationi ſubjicitur, ut Stipulator ſibi caveat, & tutior ſit: quæ cautio evertitur, ſi pœna non tota committatur. Hinc fit,ut habeatur tanquam individua: ob quam etiam rationem cauſa pignoris individua eſt , *l.rem hereditariam* , *ff.de evictio*n. Et recte comparatur pœna & pignus in *d.l.heredes*, *§.idem Juris*, *ff.fam.erciſc.*Ceterum ſemel ac quidpiam individuum eſt , omnes heredes afficit , ut hic in *l*.4. *§.Cato.*

Occurrunt hic plura notatu digna.I.Omnes Promiſſoris heredes collectos teneri ad ſolidam pœnam quantitatis , ſingulos pro portione hereditaria , ut *ibidem* ex Azone notat Accurſius , & conſentit Cujacius in *d.l.*4. *§.Cato*; & probatur ex eo textu , ubi etiam in ſtipulatione faciendi rem individuam pœna quantitatis ab omnibus heredibus committitur pro portione, pro qua heredes ſunt . Ratio eſt, quia quantitas in pœnam deducta, dividua eſt. Aget ergo Stipulator in ſolidum contra quemque,ſed conventus non niſi in partem damnabitur: verum non erit liberatus, niſi ſolidum ſolutum ſit , argumento ex *l.ſi duo, in fine, ff.depoſiti.*

II. Heredi , qui non ſolvit, licitum fieri moram purgare , uſquedum conteſtetur lis, ut conſtat ex illis verbis *d.§.ſi ſortem*: *Pœnam committet, donec portio coheredis ſolvatur* . Quod verum eſt, ſi dies ſolutioni adjecta non ſit; nam ſi fuerit dictum, *Si Kalendis proximis non ſolveris, promittis decem?* utique Kalendis tranſactis, moræ purgatio licita non eſt, *l.trajectitiæ*, *ff.de action.*

III. Heredi, qui ſolvit, debere fieri ſatis a coherede delinquente, *d.§. ſi ſortem*; nam ille pœnam luit,ob delictum iſtius. Quod ſi cohæres delinquens non ſit ſolvendo, ſibi imputet qui ſolvit , quod ſtatim adita hereditate non fecit ſibi caveri a coherede : non enim propterea injuria Stipulatori fieri debet .

Quod ſi accidat, ut heres ad evitandam pœnam , univerſam ſortem ſolus ſolvat, judicio familiæ erciſcundæ partem a coherede repetet, *d.l.heredes*, *§.idem Juris*, ubi etiam habetur, ante ſolutionem totius ſortis poſſe heredem petere, ut ſibi caveatur, ſi ſolus totam ſummam præſtaverit.

IV. Heredem , qui ſolvit partem ſuam ſortis , conventum pro pœna non poſſe uti exceptione doli , ideſt , objicere Creditori non poſſe , *Dolo facis, petens ex alterius facto alterum plecti* ; nam ſi ea exceptione frueretur,utique lex ei non conceſſiſſet actionem contra coheredem delinquentem , ut ſibi faceret ſatis.

Neque movemur, quod ſi duorum ſervorum nomine judicio ſiſtendi cauſa, una ſtipulatione promittatur, uno non ſtato, ſi pro rata illius portione pœna offeratur, erit doli mali exceptione tutus Promiſſor , *l.ſi ſervus*, *§.ſi plurium*, *ff.ſi quis caution.* Dicimus enim id ſpeciale eſſe in cautione judicio ſiſti , quam a Prætore introductam æquitas moderatur, *l.*1. *l.*2. *§.ſi quis municipalis*, *ff.cit.tit*, Alciatus in *d.§.ſi ſortem*, *num.*7. Zaſius

*ibid.num.*9. Præſertim cum doli exceptio a Jure etiam Prætorio deſcendat.

V. Hæc omnia vera eſſe in ſtipulatione dandi rem dividuam ſub pœna dividua. Vera etiam eſſe, ſi pœna individua ſit, veluti, *Niſi centum dabis, iter promittis?* Qui tamen caſus diſtant in hoc, quod in primo quiſque heredum tenetur pro portione hereditaria; in ſecundo, quiſque in ſolidum, cum iter ſcindi non poſſit, ut in *l.2. §.ex his*, *l.heredes, §.item, ff.fam. erciſc.* Quid vero dicendum ſit de pœna ſubjecta factis, diſcutiemus in *§.Cato.*

De Uſufructu.

STipulatio ſervitutis in dando conſiſtit, *l.ſi unus, l.ult. ff.de ſervit.ruſtit. præd. l.ult. ff.comm. prædior.* Dare hic eſt cedere ſervitutem. Et fallitur Accurſius hic in *l.2. §.viam*, cum putat ſervitutis ſtipulationem facti eſſe, non animadvertens, in eo *§.cum 2.ſeqq.* de Stipulationibus in dando dividuis agi, deinde in *§.item ſi in facto* ſermonem haberi de ſtipulationibus in faciendo, ut *ibidem* Cujacius notat.

Omnes Servitutes, ſive Reales, ſive Perſonales, individuæ ſunt, uno ex Perſonalibus excepto Uſufructu, qui dividuus eſt. Sunt tamen qui putant, Uſumfructum eſſe per ſe & natura ſua individuum, licet in quantum ad utilitatem commoditatemque perceptorum fructuum dividuus ſit; moti ex eo, quod Uſusfructus eſt quidpiam incorporale, id eſt, Jus: & in re incorporali nulla ſectio aut diviſio locum habere poteſt, cum partibus careat. Quam opinionem poſt Rogerium amplexus eſt Accurſius in *l.ſi cum duorum, v.communio, ff.de ſtipul.ſervor.* & tuentur Hotom. *qqu. illuſtr.*20. Vinnius *2. var. qu.22.* aliique apud Caſtillum *de Uſufr. cap.3. num.21.*

Sed hi non videntur animadvertiſſe animum ad noſtri Juris regulam, quæ docet, rationem Individui in ſervitutibus non deſumi ex natura Juris, ſed ex natura uſus, ita ut uſu exiſtente individuo, ſervitus & ipſa individua ſit: & contra, uſu dividuo, ſervitus ſit dividua, ut apertiſſime habetur in *l.viæ, ff.de ſervitut.*

Diſcurrendum ergo in Uſufructu, ut in Quantitate, quæ & ipſa incorporea eſt, *l.quiſquis mihi*, *ff.de leg.*3. & nihilominus in Jure noſtro abſolute dividua dicitur, *d.l.2. §.& harum*; nempe quia attenditur prout relata ad ipſa nummorum corpora. Diſcurrendum etiam, ut in factis, quorum quædam dividua ſunt, licet omnia ſint incorporalia.

Verius itaque eſt, Uſumfructum eſſe ſimpliciter dividuum, ut eſt communis Doctorum opinio: nempe quia frui fundo poſſum pro parte, id eſt, fructuum partem capere naturaliter poſſum, partem non capere, Cujacius in *l.ſtipulationes non dividuntur, ff.eodem.*

Jam

Jam Uſusfructus aut attenditur inter Principales, aut inter eorundem heredes. Inter heredes Stipulatoris locum lex XII. Tabularum habere non poteſt; aut enim quis ſtipulatus eſt uſumfructum ſibi, & eo mortuo uſusfructus extinguitur, nec ad heredes tranſit: aut ſtipulatus eſt ſibi, ſuiſque heredibus, ut in *l. antiquitas, C. de uſufr.* & moriatur duobus heredibus relictis, in his novus uſusfructus eſt; nam ſi novus non eſſet, tranſiret ex perſona Defuncti in illas heredum, quod eſt abſurdum. Vide Ariam de Meſa 3. *reſol.* 48. *& ſequ.* Quare heredes eo caſu habentur ut principales, ſeu ut primi acquiſitores.

Unde poteſt lex XII. Tabularum ſolum attendi in heredibus Promiſſoris, qui ante conſtitutum uſumfructum decedat: quilibet heredum ipſius tenetur Stipulatori pro ea parte, pro qua heres eſt; eſt enim obligatio, quæ in Promiſſore dividua indiviſa, jam inter heredes ipſius diviſa, ut conſtat ex regulis ſupra traditis.

Ceterum inter ipſos Principales uſusfructus, licet indiviſus, ſæpe eorum voluntate diviſus intelligitur. Hinc *l. Uſusfructus & ab initio pro parte indiviſa vel diviſa conſtitui poteſt, & legitimo tempore ſimiliter amitti*, ut ſunt verba Papiniani in *l. 5. ff. de uſufr.* Nam poteſt quis uſumfructum in parte ſui fundi legare uni, in altera parte alteri, & diceretur uſusfructus legatus pro parte indiviſa. Quod ſi fundus ſit limite interciſivo in regiones diſcriminatus (de diviſione fundi Cujacius 14. *obſ.* 11.) & uni legetur uſusfructus unius regionis, alteri alterius, erit uſusfructus legatus pro parte diviſa. Hæc eadem locum habent in amiſſione ex *l. nihil tam naturale, ff. de reg. jur.* Accidunt vero hæc, quia uſusfructus natura dividuus eſt, & per conſequens poteſt voluntate Principalium fieri diviſus: in caſu primo conſtitutionis eſt diviſus voluntate Teſtatoris; in ſecundo caſu amiſſionis fit diviſus voluntate ejus, qui acquiſivit. Quare in Uſu, qui individuus eſt, hæc omnia ſecus habent, *l. uſus pars, ff. de uſu & habitat.*

II. Plures Fructuarii ejuſdem fundi agunt quiſque pro parte ſua; nam uſusfructus pluribus conceſſus videtur ex pluralitate perſonarum contrahendo diviſus. Quod non eſt in ceteris ſervitutibus, quæ individuæ ſunt; nam ſi ædes plurium Dominorum ſint, ſinguli in ſolidum agent in ſervitute oneris ferendi, *l. etſi forte, §. ſi ædes, ff. ſi ſerv. vindic. l. ſed uſusfructus, ff. ad legem Falcidiam, d. l. 5. §. Reo.*

III. In Uſufructu in ſtipulationem deducto pro parte acceptilatio fieri poteſt, nempe quia eo caſu fit dividuus diviſus. Secus eſt, ſi id, quod deductum in ſtipulationem eſt, diviſionem non recipiat; nam acceptilatio in partem ſervitutis prædii ruſtici vel urbani nullius eſt momenti, *l. & per jusjurandum, §. 1, ff. de acceptilat.*

IV. Uſusfructus venit in judicium familiæ erciſcundæ, quoties pluribus heredibus a Teſtatore relictus eſt, & qui erat unus, ab Arbitro inter duos dividitur, *l. & puto, ff. fam. erciſc.* Ita etiam venit in judicium

com-

communi dividundo, ſi legatariis, exempli gratia, relictus ſit, *l.communi 7. §.cum de uſufructu, ff. comm. divid.* In quæ judicia Individua non veniunt, *l.arbor, §.veſtibulum, cum ſequ. ff.cit.tit. l.heredes, §.an ea, ff. fam.erciſc.*

V. Si conjunctim Uſusfructus relictus ſit, inter Fructuarios eſt Jus accreſcendi, *l.3. §.pen. ff.quib.mod.uſusfr.amitt.* & *toto tit. ff.de uſufr. accreſc.* Quod, niſi dividuus eſſet, utique locum non haberet; quippe tunc Jus accreſcendi eſt, cum concurſu partes fiunt, *l.un. §.ubi autem legatarii, C.de caduc.toll.*

Tandem in Uſufructu legato legi Falcidiæ locus eſt. Paulus in *l.1. §.ſi uſusfructus, ff.ad legem Falcidiam* refert, Veteres putaſſe uſumfructum Falcidia non minui, ſed ejus æſtimationem ineundam, & ex pretio quartam partem heredi præſtandam. Veteres intelligit eos, qui regulis Juris antiqui inſiſtebant, quæ fluxerunt ex Jure civili, ſeu interpretatione Prudentum ad leges XII. Tabularum. In horum numero fuerunt Sabiniani; nam de Attejo Capitone Sabinianorum Principe hæc habet Pomponius in *l.2. §.poſt hunc, ff.de orig.Juris: Attejus Capito in his, quæ ei tradita fuerant, perſeverabat.* Et notat Emundus Merillus 1.*obſerv.*3. Sed quæ hujus deciſionis ratio? Nam Uſusfructus dividuus eſt, non ſicut ceteræ ſervitutes individuæ, ut idem Paulus ait; quare nihil neceſſe eſt ejus æſtimationem inire, tanquam ſi res individua eſſet, ſed ipſe omnino Uſusfructus eſt minuendus, detracta ex eo quarta. Certe ratio ſatis obſcura eſt: Et videtur hic uſurpandum vulgatum illud Sabinianorum dictum, probari debere ea, quæ a majoribus conſtituta ſunt, licet ratio reddi non poſſit, *l.non omnium, ff.de legibus.*

At ſi recte attendamus, ratio inveſtigatu difficilis non eſt; etſi enim uſusfructus dividuus ſit, eum tamen lex XII. Tabularum indiviſum reliquit, noſtra *l.4. §.ſed videamus*. Si itaque indiviſus eſt, nequit ex eo quarta ob legem Falcidiam detrahi. Meminiſſe enim oportet, non ſtatim atque res quælibet dividua eſt, intelligi etiam diviſam; quippe XII. Tabularum leges nihil voluerunt eſſe ipſo Jure diviſum, niſi in heredibus, ut latius ſupra dictum eſt. Hæc ergo ratio Veteres & Sabinianos movit, qui interpretationibus Prudentum ad leges XII. Tabularum adhærebant.

Sed Ariſto, ut refert Paulus, *a Veterum opinione receſſit, ait enim poſſe quartam partem ex eo (uſufructu) ſicut ex corporibus retineri.* Si non aliunde, certe ex hoc ipſo conſtat, Ariſtonem e numero Proculianorum fuiſſe, qui Veterum regulis inſiſtere noluerunt, ut de Labeone illius ſcholæ Principe monet Pomponius *d.l.2. §.poſt hunc. Labeo*, inquit, *ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & ceteris operis ſapientiæ operam dederat, plurima innovare inſtituit.* Ex ea ergo ſchola prodiens Ariſto, Antiquorum placitis non acquievit, ſequutuſque ſtrictam diſputandi rationem ſtatuit, quartam ex ipſo uſufructu, non ex æſtimatione ipſius retineri. Et movetur ex eo, quia uſusfructus dividuus eſt; proinde corpori-

bus

Digitized by Google

bus comparatur: quare ſicuti quarta retinetur ex corporibus, ita etiam ex uſufructu. Cujus rationis vis in eo poſita eſt, quod res dividuæ non ſolum legibus XII. Tabularum ipſo Jure diviſæ ſunt, ſed etiam lege Falcidia: quod patet in corporibus, ex quibus tanquam diviſis quarta retinetur: quare etiam uſusfructus, qui dividuus eſt, intelligitur lege Falcidia diviſus, ut propterea ex ipſo quoque quarta recte poſſit retineri. Atque in eum denique modum Ariſto non ſolum ſuam firmabat ſententiam, ſed rationem etiam Veterum refellebat. Ariſtoni Julianus acceſſit.

Inter oppoſitas has Sabinianorum & Proculianorum ſententias medius ſe fert Paulus, & utramque ſectam adhibita diſtinctione conciliare nititur: fuit enim Paulus ex numero Erciſcundorum. Erciſcundi vocantur, qui medias ſententias ſequuntur, ut notum ex Servio ad 3. *Æneidos*. Quod Paulus facit non modo hic, ſed etiam alibi, ut in *l.in omnibus* 24. *ff.de acquir.rer.dom.l.lana, l.quæſitum eſt, §.illud, ff.de leg.*3. & ſæpe alias, notante Merillo 1.*obſ.*6. Paulus itaque diſtinguit; ſi enim ſcire volumus, an uſusfructus legatus heredis quadrantem lædat, æſtimatio ejus ineunda eſt, ut Veterum ſententia docet: ubi vero jam apparuit, eam lædi, ex ipſo uſufructu, ſicut ex corporibus, quarta pars detrahenda eſt, quæ eſt Recentiorum traditio. Id ipſum habet Cajus in *l.ſi & uſusfructus* 80. *ff. ad legem Falcidiam.*

Conſtat hinc de diſcrimine inter uſumfructum, & ceteras ſervitutes legatas, quæ cum individuæ ſint, in ſolidum legatariis præſtantur, cum eo tamen, ut partis offerant æſtimationem, *l.lege Falcidia* 7. *ff. cit.tit.* Quod etiam in aliis rebus individuis fit, ut in operis, *d.l.*1. *§.ſi uſusfructus*.

Ex his omnibus ſatis conſtat, quod dicebamus, uſumfructum in Jure noſtro ſimpliciter dividuum eſſe, quamvis contrarium Accurſius affirmet, ſed *multum improvide*, ut ait Zaſius in *d.l.ſtipulationes non dividuntur num.*8.

Objicies. Fructui ineſt & Uſus, *l.per ſervum, §.*1.*ff.de uſu & habit.* Quare Fructus poteſt eſſe ſine Uſu, *l.*5.*§.*1.*ff.Uſufruct.quem.cav.* Ut Actus poteſt eſſe ſine Itinere, *l.loci, §.*1. *ff. ſi ſerv. vind.* Vide textum in *l.*14. *§.ult. ff.de uſu & habit.* & in *l.& per jusjurandum, §.ſi quis uſumfructum, ff.de acceptilat.* Cujacius 13. *obſ.*12. Sed Uſus eſt individuus, *l.uſus pars, ff.cit.tit.* Ergo etiam Uſusfructus: aliter eadem ſervitus partim eſſet dividua, partim individua, contra textum, in *l.eum qui, ff.de uſucap.*

Doctores communiter poſt Jaſ. & Ang. reſpondent, Uſum in Uſufructu ineſſe, non tanquam ſervitutem, ſed tanquam commoditatem & utilitatem, & propterea ut quidpiam dividuum, ut cum dicitur quis uti itinere, *l.*4. *§.in confeſſoriam, ff.ſi ſerv.vind.* Aliter in Uſufructu duo eſſent Jura, non unum. Verum Forcatulus in *l.via, num.*17. *ff.de ſervit.* ait, uſum conjunctum fructui, ob eam conjunctionem, degenerare, & fieri dividuum, tranſeundo in naturam uſusfructus, qui potentior eſt uſu.

Si-

Sicut in legatariis conjunctio realis adjecta verbali, facit ut legatum accreſcat cum onere, quamvis per ſe ſola accreſcat ſine onere, *l.1.§.ſin vero non, C.de cad.toll.* nam ſæpe conjunctum a conjuncto læditur, aut juvatur, *l.ſi communem, ff.quemadm.ſerv.amitt. l.ſi ita* 13. *§.quæſtio, ff. de manum.teſtam.* Et hæc Forcatuli opinio palam videtur probari ex *l.ſi alii, ff. de uſufr.* & latius dicemus in *cap.ſequ.* cum de Uſu agemus.

De Dividuis, quæ in faciendo. De Stipulationibus Prætoriis, ad *Quanti ea res eſt*.

PRætoriæ Stipulationes aut rei reſtitutionem continent, aut incertam quantitatem, *l.2. ff.de Prætor.Stipulat.* Reſtitutio rei accipitur dupliciter, vel ut opus, quod factum eſt, in priſtinum ſtatum reſtituatur, vel ut res præſtetur. Et hæc omnia ſunt individua petitione, ſolutione dividua, ut Novi operis nunciatio, Cautio duplæ, Fructuaria, Damni infecti, & Legatorum nomine, de quibus infra.

Ceteræ ſunt ſimpliciter ad incertam quantitatem, & hæ omnes ſunt dividuæ ob clauſulam illam, *Quanti ea res eſt*, ut aperte docet Paulus in *d.l.2.§.incertam*.

Neque obſtat, Stipulationem *Per te non fieri* eſſe etiam ad id, quod intereſt, & tamen haberi individuam, noſtra *l.4. §.Cato*; nam hæc non eſt ſtipulatio Prætoria, ſed Conventionalis. Nec iterum obſtat, Stipulationem de dolo pariter eſſe ad *Quanti ea res eſt, l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis dolum, ff.eod.* & tamen Individuis accenſeri, *d.l.4. in princ.* nam hæc eſt ſtipulatio Judicialis, non Prætoria, *l.ſtipulationes, §.judiciales, ff.eod.*

Interim verum eſt, id quod intereſt, ſemper eſſe dividuum, licet ſuccedat in locum rei, aut facti individui, *l.ſtipulationes non dividuntur, in princ. ff.eod.* Nempe quia in quantitate conſiſtit, quæ ſua natura dividua eſt. Quare Stipulationes Prætoriæ ad *Quanti ea res eſt* in hoc diſtant a reliquis, quod illæ indiſtinctæ dividuæ ſunt: at quæ Prætoriæ non ſunt, ut *Per te non fieri*, *Dolum malum abeſſe*, principaliter individuæ ſunt; ſi tamen accidat, agi ad id quod intereſt, erunt dividuæ, ut ſuo loco latius.

Inter Stipulationes Prætorias ad *Quanti ea res eſt*, tres præcipuæ ſunt, Rem ratam haberi, judicatum ſolvi, Cautio legatorum. Sit ergo.

Rem ratam haberi.

OPinatus eſt Alciatus in *Scholiis ad d.§.Cato*, promiſſionem de rato a Procuratore præſtitam, eſſe ſolum Prætoriam, non etiam ſi Dominus

Digitized by Google

minus ipſe promiſerit, ſe ratum habiturum. Videtur motus ex *d.l.2. §.incertam*, ubi Stipulatio, Dominum ratum habiturum, dicitur Prætoria: quare non idem dicendum eſt, ubi ipſe Dominus ſe ratum habere promittit.

At hanc opinionem, ſuppreſſo Alciati nomine, rejicit Cujacius in *l.2. §.item ſi in facto, ff.eod.* argumentumque ei rei eſſe dicit, quod interpoſitæ a Domino Stipulationis de rato formula quædam fuit, ex *d.§.item ſi in facto*, & ex *l.inter, §.quod ex facto, ff.fam.erciſc.* quæ formulæ a Prætore deſcendunt. Præterea ſi Stipulatio Judicatum ſolvi, quæ a Domino litis interponitur, eſt Prætoria, *l.ſi ad defendendum, ff.Judicatum ſolvi*: cur & Rem ratam a Domino interpoſita, Prætoria non cenſebitur?

Quidquid ſit, illud conſtat, Stipulationem de rato ſemper eſſe dividuam, tam ſi fuerit a Procuratore præſtita, *d.l.2. §.incertam*, quam ſi a Domino, *d.l.4. §.ſed videamus*. Et dividuam eſſe ex verbis illis, *Quanti ea res eſt*, dicitur in *d.§.incertam*, ob quæ verba qui ratum non habet, obligatur ad id, quod intereſt Stipulatoris.

Quocirca ſi Procurator caverit, Dominum, heredemve ejus ratum habiturum, & unus ex heredibus Domini ratum non habeat, committitur ſtipulatio pro ea parte, qua heres eſt, qui ratum non habuit. Hinc etiam fit, ut ſæpius ex ea ſtipulatione agi poſſit, ſcilicet, ſi pluribus ex capitibus Stipulatoris interſit, veluti ſi interſit, quod litigat, ut propterea res ſuas curare non poſſit: quod conſumit in ſumtibus litis: quod advocat, id eſt, quod advocatos conſulere cogatur, *l.ſi Procurator*, & *l.in ſtipulatione, ff.rem ratam haberi.*

Petes, quid Juris ſit, ſi Dominus ipſe ratum pro parte non habeat. Et ex Martino in *d.l.ſi Procurator* diſtinguendum eſt. Aut enim Procurator ſine mandato cavit, & Dominus pro parte ratum habuit, Stipulatio pro parte committitur, *d.l.ſi Procurator*, *l.cum Debitore*, *ff.cit.tit.* Aut ipſe Dominus cavit, vel Procurator mandato Domini; & eo caſu ſi Dominus pro parte ratum habeat, in totum Stipulatio committitur, noſtra *l.4. §.ſed videamus*; nempe quia obligatio dividua, ut hæc eſt, in Reo principali eſt indiviſa, ut propterea Dominus, cum ipſe cavit, pro parte ratum habere non poſſit. Ideo autem ſecus eſt, ubi Procurator ſine mandato cavit; quia cum eo caſu lex permittat Domino pro parte ratum habere, conſequens fit, ut eo etiam caſu obligatio in ipſo quoque Principali diviſa intelligatur, ut in citatis Juribus patet. Quod eſt notandum. Quid ſi cautioni de rato pœna ſubjecta ſit, dicemus in *d. §.ſed videamus*.

Judicatum ſolvi.

SAtiſdatio Judicatum ſolvi, quæ etiam Cautio pro lite dicitur, tres clauſulas in unum collectas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l.6.ff.judic.ſolvi.* Et ex his videri poſſet individua; nam judicatum pro parte ſolvi non poteſt, *l.ſtipulationum*, *§.ult. ff.eod.* Ita non videtur defenſa res, vel cauſa, quæ non in ſolidum defenſa ſit, *l.ex clauſula, ff.judic.ſolvi.* Et tandem dolus pro ſolido committitur, *l.ſi duo, ff. depoſiti*.

His tamen non obſtantibus, dividua eſt, & ſcinditur tam inter heredes Promiſſoris, quam Stipulatoris, *l.pœnales, § Julianus, ff.ad legem Falcidiam, d.l.2. §.incertam*, ubi ea ratio redditur, quia Stipulatio Judicatum ſolvi Prætoria eſt, & Promiſſor ſe obligat ad id, quod intereſt, & ad incertam quantitatem, verbis illis: *Quanti ea res eſt*; nam ita concipitur: *Et quamdiu res non defendatur, aut ſi quod hujus rei judicatum erit, non præſtetur, doluſve malus non aberit, quanti ea res eſt, dari?* Cujacius 10. *obſ.29.* Id autem, quod intereſt, ſemper dividuum eſt, etiamſi rei individuæ ſit, *d.l.ſtipulationes non dividuntur*. Et notabimus, incertam eſſe quantitatem, quæ omnes complectitur Stipulationis cauſas: certam vero, quæ eſt de præſtando eo, quod judicatum eſt; ut eſt accipiendus textus in *l.9. ff.judicatum ſolvi.*

Verum tamen eſt, ex clauſula doli mali ob rem non defenſam, in ſolidum Stipulationem committi; non enim videtur defenſa res boni Viri arbitratu, quæ in ſolidum defenſa non ſit, *d.l.ex clauſula*.

Cautio Legatariorum ob legem Falcidiam.

HUc etiam referenda eſt Satiſdatio, quam Legatarii præſtant Heredi de reſtituendo, ſi ceperint plus quam per legem Falcidiam licuerit; nam & Prætoria cautio eſt, & interponitur ad *Quanti ea res erit*. Pone, hereditas onerata eſt legatis puris, & conditionalibus: quæ legata conditionalia, ſi conditio extiterit, locum faciunt legi Falcidiæ; ſecus vero ſi non extiterit conditio. Itaque heres interim legata pura ſolida præſtans, ita Prætoria ſtipulatione interrogat Legatarium: *Quod amplius legatorum nomine; quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, dolumque malum abſuturum eſſe? l.1. ff.ſi cui plus, quam per legem Falcidiam.* Hæc ergo Cautio dividua eſt; & ſi alteri ex heredibus præſtita ſit, ille ſolum ex ea agere poteſt; ſed pro ſuo modo, & pro ſua parte, *l.pœnales, §.Julianus, ff.ad legem Falcidiam.*

Illud amplius hic eſt, quod obligatio, & actio eſt in ipſis Principa-

libus

libus non ſolum dividua, ſed diviſa. Poteſt præterea hæc Cautio dici dividua ex alio capite, nempe quia in ea agitur de re reſtituenda: & Cautio rem reſtitui dividua eſt, ut dicemus.

De reliquis Factis Dividuis.

VAlde ambigitur inter Doctores, quæ Facta dividua ſint, quæ individua, ſeu quibus regulis inſiſtendum ſit, ut ſine errore cognoſcamus, quænam ex ipſis Dividuorum generi accenſenda ſint, quæ non. Et placet, ut tres regulas conſtituamus.

I. Facta nuda, id eſt, quæ Jus non habent admiſtum, ea ſemper individua ſunt. Et dicitur nudum Factum, in quo lex nihil interpretatur, nihil adjicit, ut propterea nec veniant fructus, nec omnis rei conditio. Ita, exempli gratia, eſt Rem tradi, *l.ſtipulationes non dividuntur, l.ſi rem tradi, ff.eodem*.

II. Facta, quæ Jus habent admiſtum, ea ſolum individua ſunt, in quibus id, quod continetur, individuum ſua natura eſt, quamvis partes civiles admittat; quia tunc unicum factum eſt, quod pro parte expediri non poteſt.

III. Ea vero Facta, in quibus quod continetur, ſua natura diviſionem in partes diſcretas & ſeparatas admittit, dividua ſunt, quando Jus habent admiſtum; idque non quia unicum Factum dividi poſſit, ſed quia plura Facta cenſentur. Ita fere Eguinar.2.*de Individ*.3. *&* 4. Giphanius in *d. l.ſtipulationes non dividuntur*, *num*.10. Valentia hoc *tract, cap*.6. *num*.3. *&* 5.

Ceterum hæc omnia latius patebunt tum hic, ubi de Factis dividuis agemus; tum in *cap. ſequ.* cum de Factis individuis ſermonem inſtituemus. Sit ergo.

Rem reſtitui.

MAgnas Doctorum lites de Stipulatione Rem reſtitui videntur compoſuiſſe Eguinar. *loc.cit.cap*.7.*&* 8. Giphanius in noſtra *l*.4. *§.Cato*, *num*.48. Valentia *d.cap*.6. *num*.28. ſtatuentes eam individuam eſſe, ſi nudum reſtituendi Factum comprehendat, ut in Depoſitario, Commodatario, & ſimilibus, qui rei tantum habent detentationem: partium vero recipere præſtationem, ſi in Facto reſtitutionis Jus contineatur, veluti dominium, aut vera poſſeſſio.

Hæc tamen minime vera ſunt, & contra reſtitutionis naturam ſtatuta; quippe reſtitutio nunquam eſt nudi Facti, ſemper Jus admiſtum habet, *l.ult. §.ult. ff.de verb. ſignific.* ubi Pomponius ait: *Reſtituit non*

modo qui corpus, ſed etiam qui omnem rei conditionem reddita cauſa præſtat, & tota reſtitutio Juris interpretatio eſt. Unde cum ex Principis indulgentia Deportati reſtituuntur, per omnia priſtinum ſtatum recipiunt, *§. ſed ſi, Inſtit. quib. mod. Jus patr. poteſt. ſolv.* Et in actione Faviana, & Pauliana, Prætor revocando alienationem, quia ait *Reſtituas*, fructus quoque reſtituuntur, quia id verbum plenam habet ſignificationem, ut dicitur in *l. videamus* 38. *§. in Faviana, ff. de uſuris.* Inde etiam eſt, quod Judice jubente prædonem reſtituere, poſſeſſio vitioſa prædonis accedit non vitioſæ, *l. Pomponius*, *§. ſi juſſu*, ubi Cujacius, *ff. de acquir. poſſeſſ.* Hæc eadem vera ſunt de verbo *Reddendi*, *l. 3. §. 1. ff. commodati.*

Ex his conſtare poteſt, ſtipulationem Rem reſtitui, cum agitur de re dividua, eſſe dividuam ex III. regula ſupra poſita. Quod præterea legibus manifeſtum fit.

I. Ex *d. l. 3. §. heres*, ubi *Heres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres eſt, convenitur.* Nempe quia commodati actio eſt ad rem reddendam ſive reſtituendam, quæ in dividuis dividua eſt, & cauſam bonorum continet. Quare ſi res commodata deterior facta ſit, non ipſa ſolum præſtanda res eſt, ſed ſimul id, quod intereſt; nam non videtur reddita res, quæ deterior facta redditur, *d. l. 3. §. 1.* Ex quibus apparet, longe falli Doctores citatos, qui in Commodato nudum factum verſari exiſtimant. Quoniam ergo quæ dividua ſunt, ipſo Jure diviſa intelliguntur tam inter heredes Creditoris, quam Debitoris; inde fit, ut Commodatarii heres non teneatur, niſi pro ea parte, qua heres eſt.

Duo hic notanda ſunt. Unum eſt, Commodatarium ipſum ſemper teneri in ſolidum, quamquam rem dividuam acceperit, veluti ſi dicis gratia pecunia commodata ſit, ut eſt ſpecies textus in *l. ſæpe*, *ff. commod.* quod conſtat ex iis, quæ ſupra diſputata ſunt *qu. 1.*

Alterum eſt, heredem Commodatarii, licet teneatur pro ea parte, qua heres eſt; tamen quia commodatum eſt bonæ fidei contractus, ideo ſi is ipſe heres facultatem totius rei reſtituendæ habeat, nec faciat, poteſt Judicis arbitrio in ſolidum condemnari, *d. l. 3. §. heres.*

II. Probatur, quia condictio furtiva de re reſtituenda eſt, & tamen dividua, continetque cauſam bonorum; quippe fur, rem deteriorem factam dando, non liberatur; ſemper enim moram fur facere videtur. Præterea fructus in hanc actionem veniunt, *l. in re furtiva, §. 1. cum ſequ. ff. de cond. furt.* Quocirca heres pro parte, pro qua heres eſt, tenetur, *l. in condictione, ff. cit. tit.*

Eſt tamen diſcrimen inter condictionem furtivam, & interdictum Unde vi, quamvis utrumque ad rem reſtituendam dirigatur; nam in condictione ex cauſa furtiva heres non tenetur niſi pro parte, quæ ad eum pervenit: ſed ſi eſt ſolus heres, tenetur in ſolidum, ſi heres pro parte, tenetur pro parte ſolidi, *d. l. in conditione*. Secus eſt in interdicto Unde vi, ubi heres dejicientis non in amplius tenetur, quam ad eum pervenerit:

quod

quod ſi accidat totum ad eum perveniſſe, ad ſolidum tenetur, quamvis ex parte heres ſit, ſcilicet, ſi dejectus poſt annum agat, *l. ſi plures, ff. de vi & vi arm.* Ratio dependet ex verbis Edicti, ubi Prætor ait: *Poſt annum vero de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.*

At vero ſi res, quæ reſtitui debet, diviſionem non admittat, ex ſecunda regula Factorum, obligatio rem reſtitui individua & ipſa erit, & in ſolidum præſtanda, *l. loci, §. ſed & ſi, ff. ſi ſerv. vindic.* ubi ſi duorum fundus ſit, qui iter debet, adverſus unumquemque ipſorum poterit in ſolidum agi, & quiſquis defendit, ſolidum debet reſtituere, quia diviſionem iter non recipit.

Meminiſſe tamen oportet, in Factis, quæ Jus habent admiſtum, ea cenſeri quoque individua, quæ naturaliter partes ſeparatas non habent, quamvis habeant civiles. Unde fit, in reſtitutionibus eam ſpeciem dici individuam, quæ ſolum ob partes civiles dividua eſt. Id manifeſtum fit ex *l. ſi duo, §. quod ſi lancem, ff. depoſ.* ubi duo heredes decem millia apud Defunctum depoſita animo intervertendi conflaverunt in lancem, vel ſpeciem depoſitam interverterunt. Ait Marcellus, heredes in ſolidum conveniri poſſe, ac ſi ipſi ſervandam ſpeciem ſuſcepiſſent. Hujus rei duas rationes affert. Primam in hæc verba: *Nam certe verum eſt, in ſolidum unumquemque dolo feciſſe:* quippe unuſquiſque ſpeciem in ſolidum contrectavit animo lucrifaciendi; quod ſecus eſſet, ſi ipſa decem millia diviſiſſent, quo caſu quiſque partem contrectaſſet, & quiſque pro parte eſſet conveniendus, ut in *princ. l.* habetur. Secundam in hæc verba: *Et niſi pro ſolido res non poteſt reſtitui:* quæ ultima ratio manifeſte non nititur dolo, ſed nititur ſolum in natura reſtitutionis, quæ ubi de ſpecie agitur, niſi pro ſolido fieri non poteſt.

Quod ſi ponas, me rem apud duos depoſuiſſe, in ſolidum cujuſque fidem ſequutum, id eſt, ut quiſque in ſolidum ad cuſtodiam teneretur; utique quilibet ad rem totam reſtituendam obligatur, quamquam rem non habeat: & quilibet obligatur de facto alterius, & de dolo; pro quo non teneretur, ſi cuſtodiam in ſolidum non recepiſſent. Idque exemplo tutorum, quorum unus facto alterius tenetur. Ita explicatur textus in *l. 1. §. ſi apud duos, ff. depoſ.* ~~Zoeſ. hic num. 48.~~

In Promiſſo

Amplius non agi.

SAtiſdationi de rato affinis eſt Cautio Amplius non agi, ſive, quod idem eſt, Amplius non peti, in qua cavetur, *Non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, perſecutio ſit; & ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit, l. procurator 23. ff. rem rat. hab.* Itaque & ipſa dividua eſt; quoniam qui pro parte agit, pro parte etiam Creditori nocet, noſtra *l. 4. §. Cato*, ubi Alciat. *num. 42.*

Hoc

Hoc tantum intereſt, quod Amplius non agi tardius committitur, quam Rem ratam. Hæc ſtatim committitur, atque ratum non habetur, *l.Procurator* 8. *§.ult.ff.Rem ratam hab.* Illa non niſi ſolutum ſit, vel compenſatum, vel lis conteſtata, *l.amplius, ff.cit.tit.* ut ibi notat Accurſius, & Cujacius in *l.*2. *ff.eod.*

Vacuam poſſeſſionem tradi.

HÆc Stipulatio nudum factum non continet, ſed præter poſſeſſionis traditionem, comprehendit translationem dominii, vel uſucapionis, *l.in conventionalibus, §.*1 *ff.eod.* Ideo ex III. regula in dividuis dividua erit, Fulgoſius in *l.*5. *§.ult. ff.commod.* Duarenus 1. *diſput.*59.

Hinc diſtat a Stipulatione Rem tradi, in qua non niſi nudum Factum venit, *l.ſtipulationes non dividuntur, l.ſi rem tradi, ff.eod.* Quare hæc individua eſt ex I. regula. Verum de hac re latius *cap.ſeq.*

De Individuis Petitione, & Solutione.

CAPUT III.

SUnt hujuſmodi, quæ nec a Creditore, nec ab heredibus ipſius pro parte peti poſſunt, ſed tantummodo in ſolidum: ita nec ea Debitor, aut heredes ejuſdem ſolvere pro parte poſſunt, ſed quiſque ſolidum præſtabit. Et meminerimus, hoc attendi non in heredibus ſolum, ſed etiam in Principalibus, cum ſemper eodem modo ſe habeant, id eſt, ſemper & ubique individua ſint, nec ullo modo varientur; ſecus atque accidit in Dividuis, quæ in ſolis heredibus ſunt diviſa, in principalibus vero indiviſa, nonnullis caſibus exceptis, de quibus in *cap.ant. qu.*1.

Jam quod attinet ad Stipulationem Dandi, in hoc genere ſunt Servitutes omnes, ſive Prædiales, ſive Perſonales, uno excepto Uſufructu. In Stipulatione Faciendi ſun[illegible]tentiæ ſtare, Rem tradi, Ire agere licere, Habere licere, [illegible]nim morai [illegible] abeſſe. De his videndum eſt, quibus Opera & Operas adju[illegible]

De Individuis, quæ in dando. De Servitutibus Prædialibus.

HAs omnes ſive Ruſticas ſive Urbanas, omni ex parte, omnique reſpectu individuas eſſe, conſtat ex *l.ſtipulationes non dividuntur, in princ. ff.eod.* ibi: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ di-*

viſionem

viſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, ceterarumque ſervitutum. Id ipſum habetur in noſtra *l.2. §.& harum*. Ratio hujus diſpoſitionis redditur a Pomponio in *l.via,ff.de ſervit.* in hæc verba: *Quia uſus earum indiviſus eſt*; nempe quia dum utor ſervitute, pro ſolido ea utor, & ſi plures utantur ea, ſinguli eam uſurpant pro ſolido, Cujacius in *d.l.ſtipulationes non dividuntur*.

Aliam tamen rationem aſſignat Hotom. *qqu. illuſtr.* 21. ſervitutes, ſcilicet, eſſe individuas, quia Jura ſunt; ideſt, res incorporeæ, in quibus nulla ſectio locum habere poteſt, cum partibus careant. Quæ tamen ratio a noſtro Jure abhorret, nec utilis eſt; nam uſusfructus etiam Jus eſt, & tamen dividuus, quia ejus uſus dividuus eſt. Quocirca tantum ratio ab uſu deſumta,& juridica & utilis eſt.

Nec contra eſt, quod dicitur in *l.via, ff.cit.tit.* in illis verbis: *Uſus ſervitutum temporibus ſecerni poteſt*; nam *ſecernendi* verbum non ad diviſionem pertinet, ſed ad modum, ut conſtat ex *l.ſervitutes, §.fin. ff.cit. tit.* ubi *Intervalla dierum & horarum non ad temporis cauſam, ſed ad modum pertinent Jure conſtitutæ ſervitutis*. Ita Rivales, qui per eundem rivum aquam ducunt, poſſunt inter ſe convenire, ut aquam certis horis ſeparatim ducant: ita etiam, ut unus quotidianam, alius æſtivam ducat, id eſt, ut æſtate dividatur inter eos aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianæ Jus habet, *l.cum conſtet, ff.de aqua quotid.* Imo qui Rivales non ſunt, convenire poſſunt, ut aquam menſuris dividant, & alter exempli gratia unciam habeat, alter digitum, ut in eadem *l.cum conſtet*.

Iſte eſt utendi modus, qui ex contractu oritur, ſive ex judicio communi dividundo, aut familiæ erciſcundæ, *l.arbor, §.fin. ff.comm.divid.* At non eſt ſervitutis, ſeu uſus diviſio ex lege: adhuc enim unuſquiſque totius ſervitutis Dominus eſt, & ſervitutem in qualibet parte aquæ totam habet. Idipſum eſt, ſi plures, qui iter habent, conveniant inter ſe, ut unus matutinis horis tranſeat, alter pomeridianis, vel ut alternis diebus utantur, *d.l.via*.

Ex eo, quod ſervitus eſt individua, plures inde oriuntur effectus: I. Ex legibus Decemviralibus ſervitutis ſtipulationem non dividi inter heredes, quia nec poteſt. Quare ſinguli heredes Stipulatoris agent in ſolidum, & quiſque heredum Promiſſoris in ſolidum etiam convenietur, *l.heredes, §.an ea, ff.fam.erciſc.* & noſtra *l.2. §.ex his*. Verum quia heres conventus niſi pro parte ſua præſtare non poteſt, tenebitur ad æſtimationem, *l.loci, §.ſi fundus, ff.ſi ſervit.vind.* At qui ſolidum ſolvit, judicio familiæ erciſcundæ conſequetur a coheredibus ipſorum partes, ut in citatis Juribus, ubi etiam habetur, quod ſi unus ex heredibus Stipulatoris agat, ipſe quoque conſequetur æſtimationem, ſed pro ſua tantum parte.

Hæc vera ſunt ante judicium familiæ erciſcundæ; nam hereditate diviſa, is ſolum heres aget, aut convenietur, cui fundus dominans aut ſerviens adjudicatus eſt, *l.continuus, §.ult. ff.eod.*

II. Ser-

Sicut in legatariis conjunctio realis adjecta verbali, facit ut legatum accreſcat cum onere, quamvis per ſe ſola accreſcat ſine onere, *l.* 1. *§.ſin vero non, C.de cad.toll.* nam ſæpe conjunctum a conjuncto læditur, aut juvatur, *l.ſi communem, ff.quemadm.ſerv.amitt. l.ſi ita* 13. *§.quæſtio, ff. de manum.teſtam.* Et hæc Forcatuli opinio palam videtur probari ex *l.ſi alii, ff. de uſufr.* & latius dicemus in *cap.ſequ.* cum de Uſu agemus.

De Dividuis, quæ in faciendo. De Stipulationibus Prætoriis, ad *Quanti ea res eſt*.

PRætoriæ Stipulationes aut rei reſtitutionem continent, aut incertam quantitatem, *l.2. ff.de. Prætor.Stipulat.* Reſtitutio rei accipitur dupliciter, vel ut opus, quod factum eſt, in priſtinum ſtatum reſtituatur, vel ut res præſtetur. Et hæc omnia ſunt individua petitione, ſolutione dividua, ut Novi operis nunciatio, Cautio duplæ, Fructuaria, Damni infecti, & Legatorum nomine, de quibus infra.

Ceteræ ſunt ſimpliciter ad incertam quantitatem, & hæ omnes ſunt dividuæ ob clauſulam illam, *Quanti ea res eſt*, ut aperte docet Paulus in *d.l.2. §.incertam*.

Neque obſtat, Stipulationem *Per te non fieri* eſſe etiam ad id, quod intereſt, & tamen haberi individuam, noſtra *l.4. §.Cato*; nam hæc non eſt ſtipulatio Prætoria, ſed Conventionalis. Nec iterum obſtat, Stipulationem de dolo pariter eſſe ad *Quanti ea res eſt, l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis dolum, ff.eod.* & tamen Individuis accenſeri, *d.l.4. in princ.* nam hæc eſt ſtipulatio Judicialis, non Prætoria, *l.ſtipulationes, §.judiciales, ff.eod.*

Interim verum eſt, id quod intereſt, ſemper eſſe dividuum, licet ſuccedat in locum rei, aut facti individui, *l.ſtipulationes non dividuntur, in princ. ff.eod.* Nempe quia in quantitate conſiſtit, quæ ſua natura dividua eſt. Quare Stipulationes Prætoriæ ad *Quanti ea res eſt* in hoc diſtant a reliquis, quod illæ indiſtinctæ dividuæ ſunt: at quæ Prætoriæ non ſunt, ut *Per te non fieri*, *Dolum malum abeſſe*, principaliter individuæ ſunt; ſi tamen accidat, agi ad id quod intereſt, erunt dividuæ, ut ſuo loco latius.

Inter Stipulationes Prætorias ad *Quanti ea res eſt*, tres præcipuæ ſunt, Rem ratam haberi, judicatum ſolvi, Cautio legatorum. Sit ergo.

Rem ratam haberi.

OPinatus eſt Alciatus in *Scholiis ad d.§.Cato*, promiſſionem de rato a Procuratore præſtitam, eſſe ſolum Prætoriam, non etiam ſi Dominus

minus ipſe promiſerit, ſe ratum habiturum. Videtur motus ex *d.l.2. §.incertam*, ubi Stipulatio, Dominum ratum habiturum, dicitur Prætoria: quare non idem dicendum eſt, ubi ipſe Dominus ſe ratum habere promittit.

At hanc opinionem, ſuppreſſo Alciati nomine, rejicit Cujacius in *l.2. §.item ſi in facto,ff.eod.* argumentumque ei rei eſſe dicit, quod interpoſitæ a Domino Stipulationis de rato formula quædam fuit, ex *d.§.item ſi in facto*, & ex *l.inter, §.quod ex facto,ff.fam.erciſc.* quæ formulæ a Prætore deſcendunt. Præterea ſi Stipulatio Judicatum ſolvi, quæ a Domino litis interponitur, eſt Prætoria, *l.ſi ad defendendum, ff.Judicatum ſolvi*; cur & Rem ratam a Domino interpoſita, Prætoria non cenſebitur?

Quidquid ſit, illud conſtat, Stipulationem de rato ſemper eſſe dividuam, tam ſi fuerit a Procuratore præſtita, *d.l.2. §.incertam*, quam ſi a Domino, *d.l.4. §.ſed videamus.* Et dividuam eſſe ex verbis illis, *Quanti ea res eſt*, dicitur in *d.§.incertam*, ob quæ verba qui rat um non habet, obligatur ad id, quod intereſt Stipulatoris.

Quocirca ſi Procurator caverit, Dominum, heredemve ejus ratum habiturum, & unus ex heredibus Domini ratum non habeat, committitur ſtipulatio pro ea parte, qua heres eſt, qui ratum non habuit. Hinc etiam fit, ut ſæpius ex ea ſtipulatione agi poſſit, ſcilicet, ſi pluribus ex capitibus Stipulatoris interſit, veluti ſi interſit, quod litigat,ut propterea res ſuas curare non poſſit:quod conſumit in ſumtibus litis:quod advocat, id eſt, quod advocatos conſulere cogatur, *l.ſi Procurator*, & *l.in ſtipulatione, ff.rem ratam haberi.*

Petes, quid Juris ſit, ſi Dominus ipſe ratum pro parte non habeat. Et ex Martino in *d.l.ſi Procurator* diſtinguendum eſt. Aut enim Procurator ſine mandato cavit,& Dominus pro parte ratum habuit, Stipulatio pro parte committitur, *d.l.ſi Procurator*, *l.cum Debitore*, *ff.cit.tit.* Aut ipſe Dominus cavit, vel Procurator mandato Domini; & eo caſu ſi Dominus pro parte ratum habeat, in totum Stipulatio committitur, noſtra *l.4. §.ſed videamus*; nempe quia obligatio dividua, ut hæc eſt, in Reo principali eſt indiviſa, ut propterea Dominus, cum ipſe cavit, pro parte ratum habere non poſſit. Ideo autem ſecus eſt, ubi Procurator ſine mandato cavit; quia cum eo caſu lex permittat Domino pro parte ratum habere, conſequens fit, ut eo etiam caſu obligatio in ipſo quoque Principali diviſa intelligatur,ut in citatis Juribus patet. Quod eſt notandum. Quid ſi cautioni de rato pœna ſubjecta ſit, dicemus in *d. §.ſed videamus*.

Digitized by Google

Judicatum ſolvi.

SAtiſdatio Judicatum ſolvi, quæ etiam Cautio pro lite dicitur, tres clauſulas in unum collectas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l.6.ff.judic.ſolvi.* Et ex his videri poſſet individua; nam judicatum pro parte ſolvi non poteſt, *l.ſtipulationum, §.ult. ff.eod.* Ita non videtur defenſa res, vel cauſa, quæ non in ſolidum defenſa ſit, *l.ex clauſula, ff.judic.ſolvi.* Et tandem dolus pro ſolido committitur, *l.ſi duo, ff. depoſiti.*

His tamen non obſtantibus, dividua eſt, & ſcinditur tam inter heredes Promiſſoris, quam Stipulatoris, *l.pœnales, § Julianus, ff.ad legem Falcidiam, d.l.2. §.incertam,* ubi ea ratio redditur, quia Stipulatio Judicatum ſolvi Prætoria eſt, & Promiſſor ſe obligat ad id, quod intereſt, & ad incertam quantitatem, verbis illis: *Quanti ea res eſt*; nam ita concipitur: *Et quamdiu res non defendatur, aut ſi quod hujus rei judicatum erit, non præſtetur, doluſve malus non aberit, quanti ea res eſt, dari?* Cujacius 10. *obſ.*29. Id autem, quod intereſt, ſemper dividuum eſt, etiam ſi rei individuæ ſit, *d.l.ſtipulationes non dividuntur.* Et notabimus, incertam eſſe quantitatem, quæ omnes complectitur Stipulationis cauſas: certam vero, quæ eſt de præſtando eo, quod judicatum eſt; ut eſt accipiendus textus in *l.9. ff.judicatum ſolvi.*

Verum tamen eſt, ex clauſula doli mali ob rem non defenſam, in ſolidum Stipulationem committi; non enim videtur defenſa res boni Viri arbitratu, quæ in ſolidum defenſa non ſit, *d.l.ex clauſula.*

Cautio Legatariorum ob legem Falcidiam.

HUc etiam referenda eſt Satiſdatio, quam Legatarii præſtant Heredi de reſtituendo, ſi ceperint plus quam per legem Falcidiam licuerit; nam & Prætoria cautio eſt, & interponitur ad *Quanti ea res erit.* Pone, hereditas onerata eſt legatis puris, & conditionalibus: quæ legata conditionalia, ſi conditio extiterit, locum faciunt legi Falcidiæ; ſecus vero ſi non extiterit conditio. Itaque heres interim legata pura ſolida præſtans, ita Prætoria ſtipulatione interrogat Legatarium: *Quod amplius legatorum nomine; quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, dolumque malum abfuturum eſſe? l.1.ff.ſi cui plus, quam per legem Falcidiam.* Hæc ergo Cautio dividua eſt; & ſi alteri ex heredibus præſtita ſit, ille ſolum ex ea agere poteſt; ſed pro ſuo modo, & pro ſua parte, *l.pœnales, §.Julianus, ff.ad legem Falcidiam.*

Illud amplius hic eſt, quod obligatio, & actio eſt in ipſis Principalibus

libus non ſolum dividua, ſed diviſa. Poteſt præterea hæc Cautio dici dividua ex alio capite, nempe quia in ea agitur de re reſtituenda: & Cautio rem reſtitui dividua eſt, ut dicemus.

De reliquis Factis Dividuis.

VAlde ambigitur inter Doctores, quæ Facta dividua ſint, quæ individua, ſeu quibus regulis inſiſtendum ſit, ut ſine errore cognoſcamus, quænam ex ipſis Dividuorum generi accenſenda ſint, quæ non. Et placet, ut tres regulas conſtituamus.

I. Facta nuda, id eſt, quæ Jus non habent admiſtum, ea ſemper individua ſunt. Et dicitur nudum Factum, in quo lex nihil interpretatur, nihil adjicit, ut propterea nec veniant fructus, nec omnis rei conditio. Ita, exempli gratia, eſt Rem tradi, *l.ſtipulationes non dividuntur, l.ſi rem tradi, ff.eodem.*

II. Facta, quæ Jus habent admiſtum, ea ſolum individua ſunt, in quibus id, quod continetur, individuum ſua natura eſt, quamvis partes civiles admittat; quia tunc unicum factum eſt, quod pro parte expediri non poteſt.

III. Ea vero Facta, in quibus quod continetur, ſua natura diviſionem in partes diſcretas & ſeparatas admittit, dividua ſunt, quando Jus habent admiſtum; idque non quia unicum Factum dividi poſſit, ſed quia plura Facta cenſentur. Ita fere Eguinar.2.*de Individ.*3. *&* 4. Giphanius in *d. l.ſtipulationes non dividuntur, num.*10. Valentia hoc *tract. cap.*6. *num.*3. *&* 5.

Ceterum hæc omnia latius patebunt tum hic, ubi de Factis dividuis agemus; tum in *cap. ſequ.* cum de Factis individuis ſermonem inſtituemus. Sit ergo.

Rem reſtitui.

MAgnas Doctorum lites de Stipulatione Rem reſtitui videntur compoſuiſſe Eguinar. *loc.cit.cap.*7.*&* 8. Giphanius in noſtra *l.*4. *§.Cato, num.*48. Valentia *d.cap.*6. *num.*28. ſtatuentes eam individuam eſſe, ſi nudum reſtituendi Factum comprehendat, ut in Depoſitario, Commodatario, & ſimilibus, qui rei tantum habent detentationem: partium vero recipere præſtationem, ſi in Facto reſtitutionis Jus contineatur, veluti dominium, aut vera poſſeſſio.

Hæc tamen minime vera ſunt, & contra reſtitutionis naturam ſtatuta; quippe reſtitutio nunquam eſt nudi Facti, ſemper Jus admiſtum habet, *l.ult. §.ult. ff.de verb. ſignific.* ubi Pomponius ait: *Reſtituit non*

modo qui corpus, ſed etiam qui omnem rei conditionem reddita cauſa præſtat, & tota reſtitutio Juris interpretatio eſt. Unde cum ex Principis indulgentia Deportati reſtituuntur, per omnia priſtinum ſtatum recipiunt, §. ſed ſi, Inſtit. quib. mod. Jus patr. poteſt. ſolv. Et in actione Faviana, & Pauliana, Prætor revocando alienationem, quia ait *R. ſtituas*, fructus quoque reſtituuntur, quia id verbum plenam habet ſignificationem, ut dicitur in *l. videamus 38. §. in Faviana, ff. de uſuris*. Inde etiam eſt, quod Judice jubente prædonem reſtituere, poſſeſſio vitioſa prædonis accedit non vitioſæ, *l. Pomponius*, *§. ſi juſſu*, ubi Cujacius, *ff. de acquir. poſſeſſ.* Hæc eadem vera ſunt de verbo *Reddendi*, *l. 3. §. 1. ff. commodati*.

Ex his conſtare poteſt, ſtipulationem Rem reſtitui, cum agitur de re dividua, eſſe dividuam ex III. regula ſupra poſita. Quod præterea legibus manifeſtum fit.

I. Ex *d. l. 3. §. heres*, ubi *Heres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres eſt, convenitur*. Nempe quia commodati actio eſt ad rem reddendam ſive reſtituendam, quæ in dividuis dividua eſt, & cauſam bonorum continet. Quare ſi res commodata deterior facta ſit, non ipſa ſolum præſtanda res eſt, ſed ſimul id, quod intereſt; nam non videtur reddita res, quæ deterior facta redditur, *d. l. 3. §. 1.* Ex quibus apparet, longe falli Doctores citatos, qui in Commodato nudum factum verſari exiſtimant. Quoniam ergo quæ dividua ſunt, ipſo Jure diviſa intelliguntur tam inter heredes Creditoris, quam Debitoris; inde fit, ut Commodatarii heres non teneatur, niſi pro ea parte, qua heres eſt.

Duo hic notanda ſunt. Unum eſt, Commodatarium ipſum ſemper teneri in ſolidum, quamquam rem dividuam acceperit, veluti ſi dicis gratia pecunia commodata ſit, ut eſt ſpecies textus in *l. ſæpe*, *ff. commod.* quod conſtat ex iis, quæ ſupra diſputata ſunt *qu. 1.*

Alterum eſt, heredem Commodatarii, licet teneatur pro ea parte, qua heres eſt; tamen quia commodatum eſt bonæ fidei contractus, ideo ſi is ipſe heres facultatem totius rei reſtituendæ habeat, nec faciat, poteſt Judicis arbitrio in ſolidum condemnari, *d. l. 3. §. heres*.

II. Probatur, quia condictio furtiva de re reſtituenda eſt, & tamen dividua, continetque cauſam bonorum; quippe fur, rem deteriorem factam dando, non liberatur; ſemper enim moram fur facere videtur. Præterea fructus in hanc actionem veniunt, *l. in re furtiva, §. 1. cum ſequ. ff. de cond. furt.* Quocirca heres pro parte, pro qua heres eſt, tenetur, *l. in condictione, ff. cit. tit.*

Eſt tamen diſcrimen inter condictionem furtivam, & interdictum Unde vi, quamvis utrumque ad rem reſtituendam dirigatur; nam in condictione ex cauſa furtiva heres non tenetur niſi pro parte, quæ ad eum pervenit: ſed ſi eſt ſolus heres, tenetur in ſolidum, ſi heres pro parte, tenetur pro parte ſolidi, *d. l. in conditione*. Secus eſt in interdicto Unde vi, ubi heres dejicientis non eſt amplius tenetur, quam ad eum pervenerit:

quod

quod ſi accidat totum ad eum perveniſſe, ad ſolidum tenetur, quamvis ex parte heres ſit, ſcilicet, ſi dejectus poſt annum agat, *l.ſi plures, ff.de vi & vi arm.* Ratio dependet ex verbis Edicti, ubi Prætor ait: *Poſt annum vero de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo.*

At vero ſi res, quæ reſtitui debet, diviſionem non admittat, ex ſecunda regula Factorum, obligatio rem reſtitui individua & ipſa erit, & in ſolidum præſtanda, *l.loci, §.ſed & ſi, ff.ſi ſerv.vindic.* ubi ſi duorum fundus ſit, qui iter debet, adverſus unumquemque ipſorum poterit in ſolidum agi, & quiſquis defendit, ſolidum debet reſtituere, quia diviſionem iter non recipit.

Meminiſſe tamen oportet, in Factis, quæ Jus habent admiſtum, ea cenſeri quoque individua, quæ naturaliter partes ſeparatas non habent, quamvis habeant civiles. Unde fit, in reſtitutionibus eam ſpeciem dici individuam, quæ ſolum ob partes civiles dividua eſt. Id manifeſtum fit ex *l.ſi duo, §.quod ſi lancem, ff.depoſ.* ubi duo heredes decem millia apud Defunctum depoſita animo intervertendi conflaverunt in lancem, vel ſpeciem depoſitam interverterunt. Ait Marcellus, heredes in ſolidum conveniri poſſe, ac ſi ipſi ſervandam ſpeciem ſuſcepiſſent. Hujus rei duas rationes affert. Primam in hæc verba: *Nam certe verum eſt, in ſolidum unumquemque dolo feciſſe:* quippe unuſquiſque ſpeciem in ſolidum contrectavit animo lucrifaciendi; quod ſecus eſſet, ſi ipſa decem millia diviſiſſent, quo caſu quiſque partem contrectaſſet, & quiſque pro parte eſſet conveniendus, ut in *princ.l.* habetur. Secundam in hæc verba: *Et niſi pro ſolido res non poteſt reſtitui:* quæ ultima ratio manifeſte non nititur dolo, ſed nititur ſolum in natura reſtitutionis, quæ ubi de ſpecie agitur, niſi pro ſolido fieri non poteſt.

Quod ſi ponas, me rem apud duos depoſuiſſe, in ſolidum cujuſque fidem ſequutum, id eſt, ut quiſque in ſolidum ad cuſtodiam teneretur; utique quilibet ad rem totam reſtituendam obligatur, quamquam rem non habeat: & quilibet obligatur de facto alterius, & de dolo; pro quo non teneretur, ſi cuſtodiam in ſolidum non recepiſſent. Idque exemplo tutorum, quorum unus facto alterius tenetur. Ita explicatur textus in *l.1. §.ſi apud duos, ff.depoſ.* Z-[illegible] hic num.48.

Amplius non agi.

SAtiſdationi de rato affinis eſt Cautio Amplius non agi, ſive, quod idem eſt, Amplius non peti, in qua cavetur, *Non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, perſecutio ſit; & ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit, l.procurator 23. ff.rem rat.hab.* Itaque & ipſa dividua eſt; quoniam qui pro parte agit, pro parte etiam Creditori nocet, noſtra *l.4. §.Cato*, ubi Alciat. *num.42.*

Hoc

Hoc tantum intereſt , quod Amplius non agi tardius committitur, quam Rem ratam . Hæc ſtatim committitur , atque ratum non habetur, *l.Procurator* 8. *§.ult.ff.Rem ratam hab.* Illa non niſi ſolutum ſit,vel compenſatum , vel lis conteſtata, *l.amplius, ff.cit.tit.* ut ibi notat Accurſius, & Cujacius in *l.*2. *ff.eod.*

Vacuam poſſeſſionem tradi.

HÆc Stipulatio nudum factum non continet , ſed præter poſſeſſionis traditionem , comprehendit translationem dominii, vel uſucapionis, *l.in conventionalibus, §.*1 *ff.eod.* Ideo ex III.regula in dividuis dividua erit, Fulgoſius in *l.*5. *§.ult. ff.commod.* Duarenus 1.*diſput.*59.

Hinc diſtat a Stipulatione Rem tradi , in qua non niſi nudum Factum venit, *l.ſtipulationes non dividuntur,l.ſi rem tradi,ff.eod.* Quare hæc individua eſt ex I. regula . Verum de hac re latius *cap.ſeq.*

De Individuis Petitione, & Solutione.

Caput III.

SUnt hujuſmodi,quæ nec a Creditore, nec ab heredibus ipſius pro parte peti poſſunt, ſed tantummodo in ſolidum: ita nec ea Debitor, aut heredes ejuſdem ſolvere pro parte poſſunt,ſed quiſque ſolidum præſtabit. Et meminerimus, hæc attendi non in heredibus ſolum, ſed etiam in Principalibus, cum ſemper eodem modo ſe habeant , id eſt, ſemper & ubique individua ſint, nec ullo modo varientur; ſecus atque accidit in Dividuis, quæ in ſolis heredibus ſunt diviſa , in principalibus vero indiviſa , nonnullis caſibus exceptis, de quibus in *cap.ant. qu.*1.

Jam quod attinet ad Stipulationem Dandi, in hoc genere ſunt Servitutes omnes, ſive Prædiales , ſive Perſonales , uno excepto Uſufructu. In Stipulatione Faciendi ſun[illegible]ntentiæ ſtare , Rem tradi , Ire agere licere , Habere licere , [illegible]beſſe . De his videndum eſt, quibus Opera & Operas adjun[illegible]

De Individuis , quæ in dando. De Servitutibus Prædialibus.

HAs omnes ſive Ruſticas ſive Urbanas , omni ex parte, omnique reſpectu individuas eſſe , conſtat ex *l.ſtipulationes non dividuntur, in princ. ff.eod.* ibi : *Stipulationes non dividuntur earum rerum , quæ diviſionem*

viſionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, ceterarumque ſervitutum. Id ipſum habetur in noſtra *l.2. §.& harum*. Ratio hujus diſpoſitionis redditur a Pomponio in *l.via,ff.de ſervit.* in hæc verba: *Quia uſus earum indiviſus eſt*; nempe quia dum utor ſervitute, pro ſolido ea utor, & ſi plures utantur ea, ſinguli eam uſurpant pro ſolido, Cujacius in *d.l.ſtipulationes non dividuntur*.

Aliam tamen rationem aſſignat Hotom. *qqu. illuſtr.*21. ſervitutes, ſcilicet, eſſe individuas, quia Jura ſunt; ideſt, res incorporeæ, in quibus nulla ſectio locum habere poteſt; cum partibus careant. Quæ tamen ratio a noſtro Jure abhorret, nec utilis eſt; nam uſusfructus etiam Jus eſt, & tamen dividuus, quia ejus uſus dividuus eſt. Quocirca tantum ratio ab uſu deſumta,& juridica & utilis eſt.

Nec contra eſt, quod dicitur in *l.via, ff.cit.tit.* in illis verbis: *Uſus ſervitutum temporibus ſecerni poteſt*; nam *ſecernendi* verbum non ad diviſionem pertinet, ſed ad modum, ut conſtat ex *l.ſervitutes, §.fin. ff.cit.tit.* ubi *Intervalla dierum & horarum non ad temporis cauſam, ſed ad modum pertinent Jure conſtitutæ ſervitutis*. Ita Rivales, qui per eundem rivum aquam ducunt, poſſunt inter ſe convenire, ut aquam certis horis ſeparatim ducant: ita etiam, ut unus quotidianam, alius æſtivam ducat, id eſt, ut æſtate dividatur inter eos aqua, hieme ſolus ducat is, qui quotidianæ Jus habet, *l.cum conſtet, ff.de aqua quotid.* Imo qui Rivales non ſunt, convenire poſſunt, ut aquam menſuris dividant, & alter exempli gratia unciam habeat, alter digitum, ut in eadem *l.cum conſtet.*

Iſte eſt utendi modus, qui ex contractu oritur, ſive ex judicio communi dividundo, aut familiæ erciſcundæ, *l.arbor, §.fin. ff.comm.divid.* At non eſt ſervitutis, ſeu uſus diviſio ex lege: adhuc enim unuſquiſque totius ſervitutis Dominus eſt, & ſervitutem in qualibet parte aquæ totam habet. Idipſum eſt, ſi plures, qui iter habent, conveniant inter ſe, ut unus matutinis horis tranſeat, alter pomeridianis, vel ut alternis diebus utantur, *d.l.via*.

Ex eo, quod ſervitus eſt individua, plures inde oriuntur effectus. I. Ex legibus Decemviralibus ſervitutis ſtipulationem non dividi inter heredes, quia nec poteſt. Quare ſinguli heredes Stipulatoris agent in ſolidum, & quiſque heredum Promiſſoris in ſolidum etiam convenietur, *l.heredes, §.an ea, ff.fam.erciſc.* & noſtra *l.2. §.ex his*. Verum quia heres conventus niſi pro parte ſua præſtare non poteſt, tenebitur ad æſtimationem, *l.loci, §.ſi fundus, ff.ſi ſervit.vind.* At qui ſolidum ſolvit, judicio familiæ erciſcundæ conſequetur a coheredibus ipſorum partes, ut in citatis Juribus, ubi etiam habetur, quod ſi unus ex heredibus Stipulatoris agat, ipſe quoque conſequetur æſtimationem, ſed pro ſua tantum parte.

Hæc vera ſunt ante judicium familiæ erciſcundæ; nam hereditate diviſa, is ſolum heres aget, aut convenietur, cui fundus dominans aut ſerviens adjudicatus eſt, *l.continuus, §.ult. ff.eod.*

II. Ser-

II. Servitutem totum fundum ſervientem afficere, ut ei, qui viam habet, per quamlibet fundi partem ire agere liceat, civili tamen modo; nec enim per mediam vineam ibit, aget, cum æque commode per alteram partem facere poſſit: quare ſolet ab Arbitro certa pars fundi deſignari, in qua ſit ſervitutis uſus, *l.ſi cui, ff.de ſervit. l.qui per certum, ff.comm.prædior.* Et qua iter, exempli gratia, primum determinatum eſt, ea ſervitus conſiſtit, ceteræ partes agri liberæ ſunt, *l.certo, §.ſi totus, ff. de ſervit. ruſt.præd.* Eodem modo a ſervitute totum fundum dominantem affici, & vulgo dicitur, *Pro parte dominii ſervitutem acquiri non poſſe, l.pro parte, ff.de ſervitut.l.quidquid, ff.comm.præd.*

III. Si plures ſint ejuſdem fundi Domini pro indiviſo, nullus eorum ſeparatim ſervitutem fundo communi imponere aut acquirere poteſt, *l.2. l.pro parte, ff.de ſervitut. l.unus ex ſociis, ff.de ſervit.ruſt.præd.* Sed neceſſe eſt, ut vel omnes ſimul cedant ſervitutem, vel omnibus ſimul ſervitus cedatur. Quod ſi unus cedat, erit in pendenti, donec omnes cedant, *l.ſi quis per fundum, ff.de evictiou.* Ea nimirum ratione, quia cum plures Domini ſunt pro indiviſo, fundus manet unus, & ſingulorum totus eſt fundus: nemo autem alteri acquirere, aut alterius conditionem deteriorem facere poteſt.

Neque obſtat textus in *l.ſed ſi inter, ff.de ſervit.urban.præd.* ubi ſi inter me & te communes ſint Titianæ ædes, & ex his tu fortaſſe tignum immittas in alias ædes meas propriás, & ego agere negligam actione negatoria, ſervitus communibus ædibus acquiritur: propterea ibi Pomponius ait, *Tecum mihi agere licet, aut rem perdere,* id eſt, libertatem mearum ædium amittere. Reſpondet enim Cujacius *ibid.* id factum ideo, quia ego agere negligens, videor & ipſe acquirere ſervitutem: quocirca hic ſervitutem non acquirit unus ex Dominis ſine conſenſu alterius. Idipſum eſt, ſi ex ædibus tuis propriis tignum immittas in ædes communes, ſi non ago pro libertate ædium communium, acquiſita ſervitus dicitur, *d.l.ſed ſi inter.*

IV. Servitutem non poſſe pro parte amitti, cum partem non recipiat. Quod ſi accidat, ut pro parte amitti debeat, quia id fieri non poteſt, retinetur in ſolidum: veluti ſi via per plures fundos imponatur, & per unum fundum iero, per alium non, quia via una eſt, tota ſervatur, cum pro parte amitti non poſſit, *l.una eſt via, ff.de ſerv.ruſtic.*

Reniti videtur Paulus in *l.ut pomum, §.1.ff. de ſervit.* ubi ſi prædium tuum mihi ſerviat, ſive ego partis prædii tui Dominus eſſe cœpero, ſive tu mei pro indiviſo, *per partes ſervitus retinetur.* Idem habetur in *l.ſi quis ædes, §.ſi partem, ff.de ſervit.urban.prædior.*

Eſt tamen dicendum, & in hoc caſu ſervitutem remanere ſolidam in toto fundo. Cum autem dicitur *per partes* ſervitutem retineri, intelligi occaſione partis reliquæ, quæ tua eſt, vel propter partem reliquam, Zaſius *loc.cit. num.7.* Nec contra eſt, rem tuam nemini ſervire, nam id ve-

Digitized by Google

verum eſt, cum res tota mea eſt, non etiam cum eſt communis, ut conſtat ex *d. l. ſed ſi inter*, ubi quis ædibus ſuis poteſt acquirere ſervitutem in ædibus communibus ſibi & alteri.

V. Servitutem acquiri pro parte non poſſe. Unde ſi uni fundum, & ad eum viam per alium fundum,& eundem fundum ſine via alteri legem, & uterque legatarius vindicet, fundus legato cedet ſine via, *l. ſi fundum, ff. de ſervit. leg.* quia, ut ibi Marcellus ait, acquiri per partem ſervitus non poteſt. Nempe cum lego tibi fundum cum via,ſolidus fundus eſt tibi legatus,eique toti via debetur. At deinde dato tibi collegatario re conjuncto, per concurſum partes fiunt,& jam fundus dimidiatus pro indiviſo tuus eſt: quocirca ſolida via tua eſſe non poteſt, qui es Dominus partis, & via ſolido fundo debetur: nec poteſt eſſe pro parte, quia via ſcindi non poteſt. Inde fit, ut legatum viæ ſalvum non ſit, & corruat. Ita ſi quis fundum habens viam ſtipuletur, & partem fundi ſui poſtea alienet, corrumpit ſtipulationem, *l. pro parte, ff. de ſervit.*

Hæc omnia Accurſius intelligit de parte incerta pro indiviſo, ex *l. ad certam, ff. cit. tit.* ubi *Ad certam partem fundi ſervitus tam remitti, quam conſtitui poteſt*. Conſentit Zaſius in *d. l. ſtipulationes non dividuntur num.6.* & Doctores communiter.

Sed hoc nihil obſtat. Nam cum Juriſconſultus ait,ad certam partem fundi ſervitutem conſtitui poſſe, aperte loquitur de initio, cum ſcilicet ſervitus conſtituitur. Veluti ſtipulor a te, vel lego tibi Jus ad talem partem fundi. Id certe licet, quia hæc certa partis fundi deſignatio ſcindit fundum in duos quaſi fundos, *l. communi, §. Neratius, ff. comm. divid.* Aliud eſt, cum ſtipulor ſervitutem fundo meo, id eſt, ſolido fundo, & deinde fundum pro parte alieno; ſemper certe corrumpo ſtipulationem, ſive alienem partem certam, ſive incertam, quia ſemper verum eſſet ſervitutem ſcindi. Id ipſum eſt de legato ſervitutis ſolido fundo, eoque deinde per concurſum diviſo.

Cum vero Juriſconſultus ait, ad certam partem fundi ſervitutem poſſe remitti, loquitur de fundo ſerviente, qui licet totus ſerviat, habet tamen hoc, ut determinato loco, qua iter fiat, ceteræ partes agri liberæ ſint, *d. l. certo, §. ſi totus, ff. de ſervit. ruſt. præd.* Quo caſu ſervitus non ſcinditur, cum id non ad diviſionem, ſed ad modum pertineat, remanente interim ſolida ſervitute, argumento ex *d. l. ſervitutes, §. fin. ff. de ſervitut.*

Attendendum eſt quoddam ſpeciale in ſervitute oneris ferendi; quippe in ceteris ſervitutibus ſi fundus ſerviens duorum ſit, quiſque in ſolidum convenitur, cum res diviſionem non recipiat, *l. loci, §. ſed etſi, ff. ſi ſerv. vindic.* At in ſervitute oneris ferendi, ſi ædes ſervientes duorum ſint, quiſque eorum pro parte conveniendus eſt, ex Papiniano in *l. & ſi forte, §. ædes, ff. cit. tit.* Non tamen inde fit, ſervitutem hanc eſſe dividuam; nam & *ibidem* dicitur, duos ædium dominantium Dominos, quemque in ſolidum agere in ea quoque ſervitute, quæ oneris ferendi

cauſa imponitur. Cur ergo Domini ædium ſervientium quiſque pro parte conveniendi ſunt? Id ex ſpeciali ratione dependet, nempe quia ſervitus oneris ferendi hoc proprium habet, quod qui ſervit; tenetur non modo præſtare patientiam, ut eſt in ceteris ſervitutibus; ſed etiam reficere parietem, ut onus ſuſtineat, *d.l.& ſi forte, §.etiam*: at refectio ab uno ex ſociis, altero invito, fieri non poteſt, *l.ſi ædes, l.Sabinus, ff.comm.divid.* Quocirca non alter ex Dominis parietis ſervientis, ſed ambo conveniendi ſunt, ut ex conſenſu paries reficiatur, Cujac.& Fab. in *d.l.& ſi forte, §ſi ædes.*

Ex his omnibus patet, falli Molinæum in 3.*par.Laber.* & Merendam 8. *contr.26. & ſequ.* dum contendunt, ſervitutes prædiales eſſe omnes dividuas, exceptis itinere, actu, & via.

De Servitutibus Perſonalibus, excepto Uſufructu.

Uſum eſſe ſua natura individuum, conſtat ex *l.uſus pars, ff. de uſu, & habit.* Dubium tamen eſt, unde ſit, ut uti frui pro parte poſſimus, uti non poſſimus? In reddenda hujus diſcriminis ratione multum laborat Alciatus 1.*paradox.*17. Vulgo tamen eam tradunt cum Baldo, Imola,& aliis, quia Uſus ad ſupplendam indigentiam quotidianam Uſuarii conſtituitur, *§.1. Inſtit.de uſu, & habitat.* quam indigentiam in nihilo ſupplet, qui pro parte ſupplere tentat.

Objicies I. Cum Alciato. Alimenta reſpiciunt Alimentarii neceſſitatem, & tamen diviſionem admittunt, *l.3. ff.de alim.leg.* Quare jam ratio expoſita nullius momenti eſt.

Negandum tamen eſt, in *d.l.3.* de alimentorum diviſione quidquam haberi, cum dicatur ſolum, defuncto Patrono, qui Libertis alimenta reliquit, ſi plures ei exiſtant heredes, non cogi Libertos a ſingulis heredibus minutatim alimenta petere, ſed Judicem ex cauſa alimentorum Libertos dividere, ut alii ab uno herede alantur, alii ab altero. Et quamvis hic conſtet, heredes ex rigore Juris non teneri quemque in ſolidum ad alimenta præſtanda, cum ſolum ad hoc compellantur officio Judicis, qui Libertos dividit; tamen inde non ſit, alimenta eſſe dividua, eſt enim diſtinguendum inter rem natura individuam, ut eſt iter, & inter rem natura dividuam, ſed tamen cauſa individuam, uti ſunt alimenta; quippe illo caſu quiſque heredum tenetur in ſolidum, *l.heredes, §.an ea, ff.fam.erciſc.* iſto omnes collecti in ſolidum conveniuntur, noſtra *l.4. §.Cato*, & diximus ſupra *cap.2. qu.2.*

II. Uſus duobus legari poteſt; nam ſi tibi uſus, mihi fructus legetur, concurremus nos in uſu, ego ſolus fructus habebo, *l.per ſervum, §.uſu legato, ff.de uſu & habit.* & id ex uſu percipiam, quod Uſuario ſuperſit, *l.ſi alii, ff.de uſufr.* Di-

Digitized by Google

Dicamus tamen, hic non unum eſſe uſum inter duos diviſum, ſed duos eſſe uſus, & eum, cui ſolum uſus legatus eſt, uſum pro ſol do habere, eoque integro uti, ut conſtat ex *d.l.ſi alii*, ubi tibi integer uſus conſtituitur, mihi vero fructuario quod ſupereſt. Et meminiſſe oportet, uſum conjunctum fructui haberi ut dividuum, ſicuti ſupra cum Forcatulo notavimus, cujus ſententia hoc maxime textu probatur; nam cum Fructuario relinquatur quod ſupereſt, & facile accidere poſſit, ut quod ſupereſt minus indigentia ſit, palam eſt uſum conjunctum fructui dividui naturam ſapere.

III. Res pro uſu legata poteſt excedere Uſuarii indigentiam, ut ſi ſpatioſæ domus uſus relictus ſit homini mediocri, qui portiuncula contentus eſſe poteſt, *l.4.ff.de uſu & habit.* Quocirca eo ſaltem caſu uſus erit dividuus.

Reſpondendum eſt ex Pomponio in *l.Divus*, *§.1. ff.cit.tit.* poſſe & ſolere Uſuarium aliis & aliis temporibus tota domo uti; cum interdum Domini quoque ædium, prout temporum conditio exigit, quibuſdam utantur, quibuſdam non utantur. Ceterum cum dicimus, Uſum eſſe individuum, id verum eſt de Uſu ut Servitute; nam Uſus, ut nudum factum eſt, diviſionem recipit: nam poteſt quis uti una parte balnei, & non alia, *l.ſi ut certo, §.ult. ff.commod.*

Uſus ædium ſimilis eſt Habitationi in hoc, quod utroque caſu licitum ſit alienas ædes inhabitare Jure ſervitutis; tamen diſtant in hoc, quod Uſus potius in Jure, Habitatio potius in facto conſiſtit, cum proprie Habitatio ſit locus, quem habitamus. Unde fit, ut qui habet habitationem, eam alteri locare poſſit ex ſententia Marcelli, quod Uſuario ædium non licet, *l.cum antiquitas*, *C.de uſufr.* Fit etiam, ut Habitatio ſolum morte finiatur, non etiam media aut maxima capitis diminutione, ut in uſu ædium accidit, *l.ſi habitatio, §.1.ff.de uſu & habit.l.pen.ff.de cap.diminut.* Cum ergo his exceptis, in reliquis Uſus ædium & Habitatio conſenſiant, conſequens eſt, ut hæc, ſicut ille, individua ſit.

De Individuis, quæ in Faciendo.

FActa in duplici genere eſſe; alia Dividua, quædam Individua, palam eſt ex Catone in noſtra *l.4. §.1.* ubi *Iter fieri* factum Individuum dicitur: *Amplius non agi*, dividuum. Et quamvis Ulpianus in *l.ſtipulationes non dividuntur*, *ff.eod.* ſimpliciter affirmare videatur facta eſſe individua, id tamen intelligendum eſt non de Factis omnibus, ſed de illis tantum, aut de ſimilibus, de quibus exempla apponit, quæ ſunt, Fundum tradi, Foſſam fodi, Inſulam fabricari, Operæ.

Hæc Facta in genere a Zaſio ad duo capita reducuntur. Quædam ſunt momentanea, quæ ſcilicet temporis momento explicantur, & hujus-

Digitized by Google

modi ſunt Rem tradi , Rem reſtitui . Quædam ſunt ſucceſſiva ; quæ ut conſumentur, temporis tractum exigunt , ut Operæ , & Opera . Operæ ſunt officium diurnum : Opera vero ſunt Inſulam ædificare , Romam ire, & alia id genus.

Cum ergo de Factis Dividuis jam ſupra actum ſit, hic ea ſolum, quæ Individua ſunt, perſequemur.

De Factis Momentaneis . Judicio ſiſti.

CAutio Judicio ſiſti pœnam habet adjectam , ut quæ ita concipitur : *Stichum, Damam, & Erotem ſiſti, ſi non ſiſteris, decem dari?* Et individua eſt ex Juliano in *l.ſi is, qui ducenta, §.cum ita, ff.de reb.dub.* ubi ait: *Neque enim dubitandum, quin æque omnes ſiſti oporteat.* Et uno non ſtato, pœna in ſolidum committitur , tanquam ſi dictum ſit : *Si quem eorum non ſiſteris, decem dabis?*

Idipſum confitetur Ulpianus in *l.ſi ſervus , §.ſi plurium , ff.ſi quis caution.* ubi ex Labeone docet , uno ſervo non ſtato , pœnam integram committi, quia verum eſt, omnes ſtatos non eſſe. Lenit tamen ex eodem Labeone hunc rigorem ex æquitate, in hæc verba: *Verum ſi pro rata portione unius offeratur pœna ; exceptione doli uſurum eum , qui ex ſtipulatione convenitur.* Itaque qui ex tribus ſervis duos ſiſtit, unum non ſiſtit, poteſt pro integra pœna conveniri ; ſed conventus ſolvens tertiam partem pœnæ pro uno non ſtato , exceptione doli removebit Actorem reliquas duas pœnæ partes petentem; ſcilicet, quia ejus non intereſt, niſi pro tertia parte: quocirca in quantum ad reliquas, petet rem & pœnam deſertioni; id vero eſt dolo facere, *l.ſi duo, §.ult.ff.cit.tit.* ubi ſi ex duobus Reis promittendi, unus judicio non ſiſterit , Actor nequit ab altero rem petere, ab altero pœnam deſertionis: quod ſi faciat, exceptione doli ſubmovebitur . Hæc eſt recta horum Jurium explanatio , quidquid ſe torqueant Bartolus, Jaſon, Zaſius, aliique hic, & Alciatus 1. *parad.*14.

Sententiæ ſtare.

ARbitrorum duplex genus eſt . Interdum enim Arbiter eſt Judex à Prætore datus in cauſis bonæ fidei , qui poteſtatem habet ſtatuendi ex bono, & æquo, ut Arbiter pro Socio, *l.38. ff.pro ſoc.* Arbiter familiæ erciſcundæ, *l.fundus, §.Arbiter, ff.fam.erciſc.* Arbiter de dote, *l.omnino , ff. de impenſ. in reb. dotal.* Interdum vero dicitur Arbiter , qui per compromiſſum a Litigatoribus eligitur ad litem finiendam, qui ſolet *Receptus Arbiter* vocari, *l.1. ff.de recept.Arbit.* Et ab hujus ſententia de Jure civili appellare non licet , ne ſcilicet compromiſſum factum pro lite

ex-

Digitized by Google

extinguenda, litium ſeminarium fiat, *l.non diſtinguemus*, *§.& idem, ff. cit.tit. l.*1. *C.eod.tit.* Quod & Græcorum lex comprobat apud Demoſthenem *contra Midiam*, & apud Lucianum in *Abdicato*. Conſentit Carthagin.Concilium *can.*98. & *can.*123. & monet Cujacius *conſult.*12.

Quia vero Reus ab Arbitro abſolutus ſi deinde coram Judice pro eadem cauſa conventus ab eodem Litigatore ſit, exceptionem rei Judicatæ non habet, licet habeat exceptionem pacti, *l.*2.*l.Litigatores*,*§.interdum*, *ff.cit.tit.* ideo in compromiſſo pœna adjicitur, quæ a Reo exigetur, ſi abſolutus ab Arbitro, iterum ab Actore conveniatur, *d.l.*2.

Jam pone. Duo ſub pœna decem ſe obligarunt de ſtando ſententiæ Arbitri recepti: & uno ex Compromiſſariis defuncto, duo ei extiterunt heredes, quorum unus ſtat ſententiæ, alter convenit Reum pro eadem cauſa coram Judice. Quæritur, contra quem pœna committatur? Et Pomponius in *l.*5. *§.ult. ff.eod.* ait, omnes heredes in ſolidum ad pœnam teneri; & Juriſconſultus pœnam adjectam obligationi ſtandi ſententiæ comparat pœnæ ſubditæ obligationi dandi; quamvis parere ſententiæ non ſit obligatio dandi, ſed faciendi, ut *ibid.* poſt Baldum notat Zaſius *n.*10.

Unde fit, ut utrobique Individuum ab eadem ratione procedat; nempe quia aliud ſine injuria Rei conventi conſtitui non poteſt, ex eadem *l.*5. *§.ſi fortem*, ut latius ſupra *cap.*2. *qu.*2. Verum quia in Factis regula Catonis eſt, ut pœna individua ſit, cum Factum ipſum individuum etiam eſt; & noſtro caſu pœna Facto ſubdita, individua eſt: conſequens omnino fit, ut Factum ipſum individuum quoque ſit, id eſt, ſtare ſententiæ.

Imo Doctores communiter docent, ſententiam ipſam eſſe individuam; nempe quia judicatum pro parte ſolvi non poteſt, argumento ex *l.duobus*, *ff.de liber.cauſa.* Quod verum eſt, niſi ſententia plura & diſtincta capita comprehendat, quia tunc vim habet tot ſententiarum, quot capita ſunt, ex rotatis ſupra *cap.*1. *qu.*3. & latius infra *de Rebus Unis.*

His tamen obſtat textus in *cap.ſuam, de pœnis*, ubi Rectores Eccleſiæ S.Fortunati ab Arbitro Juſſi ſunt ſolvere libras 40. die ſtatuta, Epiſcopo Spoletano. Quod ſi ita factum non eſſet, pœna dicta eſt librarum 30. Accidit, ut Rectores intra ſtatutam diem non ſolverint, niſi libras 33. Quocirca Epiſcopus egit ad ſolidam pœnam. Summus tamen Pontifex decrevit, Epiſcopo ſatis eſſe debere, ſi reliquæ ſeptem libræ ei perſolverentur. Ex quibus conſtat, obligationem ſtandi ſententiæ eſſe dividuam; nam qui non totum ſolvit die in ſententia conſtituto, utique pro parte ſententiæ non ſtat; & tamen pœnam non committit.

Verum obſervari debet, in *d.cap.ſuam* haberi ſpecialem caſum ſpeciali etiam ratione nixum; ſcilicet cum pœnam petit Epiſcopus, in quo multa culpantur, quæ aliis licita ſunt, ut qui Magiſter eſt totius perfectionis, D.Thom. 22. *qu.*18. *art.*2. Hinc etſi Rectores ſententiæ ſteterint ſolum pro parte, Epiſcopo tamen non eſt licitum exigere pœnam, ſed concedere

cedere Debitoribus, ut moram purgare poſſint, id eſt, ut ſolvant reliquum. Idque patet ex verbis illis S Pontificis: *Te non decet in tantum Pontificalis modeſtiæ oblivisci, ut inhoneſtis quæſtionibus anhelando, deſideres cum aliena jactura ditari*, ut *ibid.* Gonzalez advertit.

Rem tradi.

QUidam differentiam nullam eſſe ſtatuunt inter ſtipulationem Rem tradi, & ſtipulationem Vacuam poſſeſſionem tradi, decepti ex *l.3. §.1. ff.de action.emti*, ubi dicitur, eum qui fundum tradi ſtipulatur, vacuam quoque poſſeſſionem tradi oportere, ſtipulari intelligi; non animadvertentes, in eo textu pro illis verbis, *Fundum tradi*, legendum eſſe, *Fundum dari*, ut in Pandectis Florentinis habetur. Aliud autem eſt, Rem tradi, aliud Rem dari: in illo agitur de poſſeſſione, in hoc de proprietate, ita tamen ut tacite de vacua poſſeſſione tradenda conventio etiam interpoſita cenſeatur, ut in *d.l.3.§.1.* Quandoque utrumque expreſſe apponitur, *l.4.ff.de uſuris.*

Itaque differunt, quia uberior eſt ſtipulatio Vacuam poſſeſſionem tradi, quam Rem tradi: etenim qui ſtipulatur Rem tradi, non niſi factum ſtipulatur, *l.ſtipulationes non dividuntur, l.ſi rem tradi, ff.eod.* At in ſtipulatione Vacuam poſſeſſionem tradi, non nudum factum continetur, ſed cauſa bonorum, *l.in conventionalibus, §.1.ff.eod.* id eſt, ut tradens faciat accipientem Dominum, ſi ipſe Dominus eſt: vel transferat uſucapiendi conditionem, ſi forte Dominus non ſit; ita enim accipiens rem in bonis habebit, ut explicat Azo: addit Accurſius, ne res deterior facta tradatur. Hanc differentiam docet Zaſius in *d. l.in conventionalibus; §.1.*

Conveniunt vero, quia in ſtipulatione Rem tradi non veniunt fructus, qui ſtipulationis tempore fuerint, *l.ſi filius familias, §.1. ff.eod.* neque etiam ex mora, niſi ea per litis conteſtationem contracta ſit, *l.videamus, §.ſi actionem, ff.de.uſuris*; licet conſequar.quanti interſit, moram factam non eſſe, *l.ſi fundum, ff.eod.* Ita quoque in ſtipulatione Vacuam poſſeſsionem tradi fructus non continentur, *d.l.3.§.1. ff.de act.emti*; niſi quis geminando ſtipulatus eſt, Rem dari, Vacuamque poſſeſsionem tradi: tunc enim quia Vacuam poſſeſsionem tradi continetur in Rem dari, *d.l.3. §.1.* ideo ne poſteriora verba videantur fruſtra adjecta, fructus Stipulator conſequetur, *l.4. ff.de uſuris.* Et ita hæc explicanda ſunt, in quibus varie ſe implicat Cujacius in *d.l.ſi rem tradi.*

Stipulatio ergo Rem tradi individua eſt, *d.l.ſtipulationes non dividuntur*. Dubium tamen eſt, an ſemper talis ſit. Et affirmant Giphanius *ibid.num.*10. Eguinarius 2.*de Individ.*3.*&* 4. Valentia hic *cap.6.num.*27. ex regula Factorum I. nempe, Facta, quæ nuda ſunt, ſemper individua ſunt.

ſunt. Præterquamquod qui rem tradere promittit, de tota re convenire intelligitur; ut qui reſpondet ſe heredem eſſe, cenſetur fateri in totum ſe heredem eſſe, *l.ſi Defenſor*, *§.qui interrogatus*, *ff.de interrog.act.* Itaque res non videtur tradita, niſi cum tota tradita eſt.

Secus eſt in ſtipulatione Vacuam poſſeſsionem tradi, quæ nudum factum non continet, ſed præter poſseſsionis traditionem,habet admiſtam cauſam bonorum, propterea in Dividuis dividua erit,ut in *cap.*2. dictum eſt.

Hinc in ſtipulatione Rem tradi, ſi res dividua eſt, ut cæmenta, inter Stipulatoris heredes res dividitur quidem, traditio tamen facienda eſt indiviſa: id eſt, unus ex heredibus partem petet, non totum; ſed Promiſſor pro parte tradere non poteſt. Quod dicitur dividuum petitione, individuum ſolutione; præſertim quia aliter diverſa ſolutio contingere poſſet; veluti uni tradendo partem rei, alteri æſtimationem alterius partis, contra textum in *d.l.in executione*, *§.pro parte*. Eadem de cauſa heredes Promiſſoris, quamvis pro hereditaria parte teneantur, re ipſa debita inſpecta, traditio tamen niſi tota fieri non poteſt. Vide latius Zaſium in *d.l.ſtipulationes non dividuntur, num.*21. *& ſequ.*

Ire agere licere, Habere licere, Dolum malum abeſſe, abſuturumque.

AB eo, qui debet ſervitutem, exempli gratia, actus, inter conſtituendum eam, aliquando ita Creditor ſtipulatur, *Per te non fieri ; neque per heredem tuum,quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat?* Quæ eſt ſtipulatio præſtandæ patientiæ poſt conſtitutam ſervitutem.Servitus eſt Jus: ire agere eſt factum, *l.*2. *§.item ſi in facto, ff.eod.* Quare ſolet ita etiam concipi: *Per te non fieri,quo minus mihi actu uti liceat, l.ſi ſtipulatus*, *ff. eod.* Pro præſtanda patientia in ſervitute itineris dicitur: *Mihi ire licere*, vel *Iter fieri*,ut in noſtra *l.*4. *§.Cato.* Ceterum hæc ſtipulatio, *Per te non fieri*, non hoc ſignificat, nihil te facturum, quo minus facere poſsim,ſed te curaturum,ut facere poſsim, *l.in illa ſtipulatione* 50. *ff.eodem.*

At vero qui rem ab alio accipit locatam, venditam, pro dote datam, ſive quo alio titulo, ita a dante, & tradente ſtipulatur: *Mihi, heredique meo, habere licere?* ſeu plenius: *Per te non fieri,neque per heredem tuum, quo minus mihi fundum habere liceat?* vel ita:*Fundo uti? d.l.ſi ſtipulatus*, Hæc ſtipulatio obligat etiam heredem, quamvis expreſſa ejus mentio facta non ſit, *l.ſtipulatio iſta, in princ. ff.eodem.*

Tandem in contractibus non ſolum bonæ fidei, ſed etiam ſtricti Juris, addi ſolet ſtipulatio doli mali,id eſt, *Dolum malum abeſſe, abſuturumque a te, heredeque meo ? d.l.ſtipulatio iſta, §.ſi quis dolum*. Clauſula hæc do-

doli non pertinet ad ea, quæ ſpecialiter in contractu comprehenſa ſunt, ſed ad caſus incertos, qui Contrahentibus ſe in præſentia oſtendere, & animo occurrere non potuerunt, *l.& eleganter, §.non ſolum, ff.de dolo.* Et ſi in ipſa ſtipulatione componenda peccatum ſit, hic error corrigetur clauſula doli, & agetur incerti, *l.ex ea parte, in princ. ff.eod.* Et ſi heredum perſonæ omiſſæ ſint, id ſupplebit clauſula doli, *l.ſi fine, §.ſi in ſtipulatione, ff.rem ratam hab.* Cujac. in *l.53. ff.eod.*

De his tribus ſtipulationibus agitur in *l.2. §.item ſi in facto, l.idem Juris 3.* & *l.eadem 4. in princ. ff.eod.* Et generatim ſtatuitur, eas eſſe individuas, ideo ſcilicet, quia nudum factum continent, *l.quod dicitur* 130. *ff.eod.*

Hinc I. Uno herede promiſſoris prohibente, vel dolum admittente, omnes heredes tenentur, quia factum individuum eſt, & quod in partes dividi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videtur, *d.l.4. §.Cato.* Verum quia iniquum eſſet unum pro altero plecti, propterea Coheredibus qui nec prohibuerunt, nec dolum admiſerunt, ſuccurritur, ut judicio familiæ erciſcundæ conſequantur a Coherede delinquente, ſi quid illius culpa aut facto præſtiterunt, ut in citatis Juribus habetur. Concordat textus in *l.in executione, §.quod ſi ſtipulatus, ff.eod. l.heredes, §.in illa quoque, l.inter, §.quod ex facto, ff.fam.erciſc.*

Monet Azo, Coheredes, qui non prohibuerunt, vel dolum non admiſerunt, teneri quidem omnes in ſolidum, ſed non quemque in ſolidum, quia regula generalis eſt, ut in omnibus faciendi obligationibus, ubi Promiſſor non facit, quod promiſit, ſuccedat obligatio ad id, quod intereſt: quæ eſt propoſitio Celſi in *l.ſi quis ab alio, §.fin. ff.de re judicat.* & Celſus a Tuberone accepit, *d.l.ſtipulationes non dividuntur, in princ.* Ceterum id quod intereſt, ſemper eſt dividuum, licet ſuccedat in locum facti individui, ut in *cit.l.* habetur: quocirca heredes Promiſſoris in eo, quod intereſt, non poſſunt teneri, niſi pro parte hereditaria, ita tamen ut omnes ſimul ſolidum ſolvant, *l.2. §.item ſi in facto,* ubi Accurſius, & Cujacius, *ff.eod.* licet aliud ſenſerit Bartolus. Idem patet ex *d.§.Cato.* Et ita intelligendus eſt textus in *l.heredes, §.in illa, ff.fam.erciſc.* ubi uno ex heredibus prohibente, *In ſolidum committitur ſtipulatio.*

II. Uno ex heredibus Stipulatoris prohibito, vel per dolum læſo, ita diſtinguendum eſt. Aut ſtipulationi ſubdita eſt pœna, veluti, *Si adverſus ea factum erit, tot dari?* Aut pœna ſubdita non eſt. Si non eſt ſubdita, is tantum aget pro ſua parte, qui prohibitus, vel dolo læſus eſt; quoniam ejus ſolum intereſt, nec poteſt dici ceteros videri prohibitos, aut læſos, *d.l.2. §.contra, d.l.4. in princ.* Excipe, ſi non ſuo, ſed communi nomine ingrediens, prohibitus fuerit, *d.l.ſi ſtipulatus.*

Si ſit ſubdita pœna, non ſolum pro parte ejus heredis, qui læſus, aut prohibitus fuit, verum in ſolidum pro parte ceterorum committitur ſtipulatio, ita ut quiſque pro parte hereditaria petere poſſit; quia pœna individua

dividua eſt, nec pro parte committi poteſt. Et hoc caſu non quæritur, cujus interſit, ſed an pœna commiſſa ſit: & pœnæ petitio datur etiam iis, quorum nihil intereſt, *d.l.2. §.contra, d.l.idem Juris, d.l.in executione, §.quod ſi ſtipulatus.*

Verum quia eſſet iniquum, ut pœna committatur ei, qui læſus aut prohibitus non eſt; propterea licet pœna committatur in ſolidum omnibus Stipulatoris heredibus, tamen ſi agant hi, qui non ſunt læſi, aut prohibiti, repellentur exceptione doli mali; nam dolo faciunt, qui de pœna certant,cum nihil mali perpeſſi ſint, *d.l.2.§.contra,* Fab.7. *conject.*7. Hæc exceptio Prætoria facit, ut verum ſit, quod dicitur, Jus eſſe artem boni & æqui, ut Zaſius ait in *d.l.2. num.*5.

Si Defunctus non cavit de dolo, quamvis alias ex natura contractus hæc obligatio inſit, ut in contractu Commodati, & ceteris, qui bonæ fidei ſunt; eo caſu ſi unus ex heredibus dolum admittat, ipſe ſolus tenetur, non etiam ceteri, qui non delinquunt. Ita Zaſius hic *num.*63. Et recte, quia heres hic delinquit ut principalis,ex nulla promiſſione Defuncti: & quamvis alias Defunctus teneretur tacite de dolo, tamen non eadem eſt vis taciti & expreſſi; & lex mitior eſt in ſua proviſione, quam homo in ſua ſtipulatione, *l.Celſus in fine, ff.de Arbitr.*

De Factis Succeſſivis. De Operibus.

STipulatio Operis faciendi individua eſt, ut foſſam fodiri, vel inſulam fabricari, *d.l.ſtipulationes non dividuntur, in princ.* Id ipſum eſt, ſi opus Teſtator fieri juſſerit; nam ſinguli heredes in ſolidum tenentur, *d.l. in executione,§.ſecunda,*ubi cur opus natura dividuum, Jure individuum ſit petitione & ſolutione, ea ratio redditur: *Quia Operis effectus in partes ſcindi non poteſt.* Opus enim quodcumque ſuam propriam formam habet, quam niſi conſequutum ſit, opus non dicitur perfectum, *l.ſi is, qui quadringenta, §.quædam, ff.ad legem Falcidiam,* cum concordantibus ibi ab Accurſio adductis.

Itaque ſi Teſtator injunxerit heredi Gymnaſii, exempli gratia, conſtructionem, nemo ex ipſis liberatur, niſi toto Gymnaſio conſtructo. Quod ſi portam Gymnaſii fieri juſſerit, quamvis porta reſpectu Gymnaſii pars ſit, tamen in quantum ad onus heredibus impoſitum, ſe habet ut totum, ut conſtat ex *d.§.quædam,* ubi Teſtator juſſit ſtadium fieri,& ſinguli heredes tanquam ad opus completum in ſolidum tenentur; & tamen ſtadium non eſt,niſi pars Gymnaſii, Vitruvius 5.*Archit.*11. Itaque Gymnaſium origine, & ante conventionem eſt dividuum, poſſumque ſtipulari partem Gymnaſii fieri: & ubi totum venit in conventionem,eſt individuum facto. A Doctoribus hæc vocantur Individua obligatione & ſolutione, non origine, Zaſius in *§.Cato, num.*39.

Refragari videtur Paulus in *l.mortuo*, *§.ult. ff.de leg.*2. ubi hæc habet: *Si Teſtator dari quid juſſiſſet, aut opus fieri, aut munus dari, pro portione ſua eos præſtare, quibus pars hereditatis accreſceret, æque ac cetera legata, placet.* In quibus verbis Juriſconſultus nullum diſcrimen inter legatum dandi, quod eſt dividuum, & opus faciendi agnoſcit. Si ergo Teſtator tribus heredibus inſtitutis æqualiter, unum juſſerit opus facere, qui hereditatem mortuo Teſtatore repudiet, pars accreſcit ceteris duobus, quorum jam quiſque pro ſemiſſe heres eſt. Ait Paulus duo. I. Partem repudiatam accreſcere cum onere ſuo, id eſt, faciendi opus. II. Quemque duorum heredum teneri pro portione ſua, id eſt, quemque pro ſemiſſe. Non ergo quiſque in ſolidum.

Varie a Doctoribus reſponſum eſt. Placet quod ait Alciatus 2. *parerg.*22. Paulum non loqui reſpectu legatarii, qui unumquemque heredum pro ſolido convenire poteſt, ut in citatis Juribus; ſed ſermonem habere de ipſis heredibus inter ſe; licet enim horum quiſque pro ſolido teneatur, tamen judicio familiæ erciſcundæ poteſt unus ab altero compelli, ut ſumtus pro ea parte, pro qua heres eſt, operi faciendo ſubminiſtret, ut in *l.2. §.ex his, ff.eod.*

De Operis.

Operæ ſunt diurnum officium, quod Libertus Patrono ſtipulanti promittit ſe præſtiturum, cum popoſcerit, *l.1. l.cum Patronus, ff.de oper.Libertor.* Aliquando operæ numero definitæ promittuntur, ut una, decem, mille, *l.15. ff.cit.tit. l.in ſtipulationibus, §.operarum, ff.eod.* Harum aliæ ſunt officiales, veluti ut ſequatur Patronum, cum eo moretur, peregre proficiſcatur, negotium ejus exerceat, cuſtodiat domum, *l.medicus, l.hæ demum, l.duorum, ff.de oper.Libert.* Aliæ artificiales, ut ſi Libertus ſit librarius, hiſtrio, medicus; imo ſi faber, aut pictor fuerit, has operas Patrono præſtare cogitur, *l.hæ operæ, ff.cit.tit.* Appellantur etiam *ſalarium, l.Thais, §.Lucius Titius, ff.de fideicom.Libertat.*

Inter has illud I. diſtat, quod Officiales non alii deberi, quam Patrono, poſſint: Artificiales, jubente Patrono, & alii edi poſſint. Quocirca Libertus medicus ex voluntate Patroni gratis curabit Amicos ejus, & hiſtrio Amicorum ludis gratuitam operam præſtabit, *l.operæ 9. l.ſi Libertus 27. ff.cit.tit.*

II. Diſtat, quia operæ fabriles, ceteræque quæ in artificio ſunt, ad heredem extraneum tranſeunt: Officiales vero non tranſeunt, *l.fabriles, ff.cit.tit.* Vide de his omnibus latius Fabr. in *Juriſpr.Pap. tit.4. princ.9. illat.12. & ſeq.*

Perperam Zaſius in *d. l. in ſtipulationibus* reprehendit Accurſium, quod inter operas Libertorum repoſuerit laborare in fundo, quod ſervile opus

opus eſt, quo Libertus non adſtringitur, ut in *tit. de oper. ſervor.* Verum ſi Libertus putator ſit, vel foſſor, dubitandum non eſt, has operas poſſe ab eo exigi ex *l. ejus artificii, §. fin. ff. de oper. Libertor.* Interim cum operis Officialibus Obſequia Libertorum confundenda non ſunt, quæ conſiſtunt in eo, ut ne Libertus Patrono ingratus ſit, ne eum in judicium ſine Prætoris venia vocet, quæ omnia ſine operis præſtantur, ut in *tit. ff. & C. de obſequ. Patr. præſt.*

Operarum itaque ſtipulatio individua eſt, cum pars Operæ intelligi non poſſit, *l. 1. §. ſi uſusfructus, ff. ad legem Falcidiam,* & qui non totam præſtat, nullam præſtat, quoniam in ea effectus intenditur, qui dividi nequit, *d. l. in executione, §. ſecunda.* Unde operæ comparantur generi, & ideo diviſio eſt non in partes operarum, ſed in numero, veluti ſi Libertus decem operas promiſerit, *d. l. in ſtipulationibus, §. operarum.*

Unde I. Fit, Patronum non poſſe ſtipulari a Liberto trium aut ſex horarum operam, quæ eſſet ſtipulatio partis operæ, id eſt, rei impoſſibilis, cum opera partes non habeat, *l. Libertus 15. ff. de oper. Libert.* ubi hæc Ulpianus habet: *Neque promitti, neque ſolvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.* Quippe eſſentiæ rerum ſunt individuæ, & eſſentia operæ in Jure noſtro ſtatuta eſt, ut ſit *Diurnum Officium, l. 1. ff. cit. tit.* Et hoc eſt, quod voluit Pomponius in *l. 3. ff. cit. tit.* illis verbis: *Nec pars operæ per horas ſolvi poteſt, quia id eſt officii diurni.* Itaque opera quælibet XII. horis circumſcribitur, more Romanorum, qui quemque diem in XII. horas dividebant, inæquales tamen, ita ut temporis ſpatia, quæ ad curam corporis neceſſaria ſunt, Liberto relinquantur, *d. l. 3.* & *l. cum Patronus.* Imo ſi Libertus alere ſe non poſſit, ei ſatis temporis elargiendum eſt ad quæſtum faciendum, unde ſe alat, niſi Patronus de ſuo alimenta præſtare velit, *l. ſuo victu, cum ſequ. ff. cit. tit.*

II. Fit, ut ſi Libertus plures operas debeat, & Patronus decedat pluribus relictis heredibus, hi obligationem operarum numero divident: ita quoque ſi Libertus communis duobus Dominis mille operas promiſerit, cuique quingentæ debentur, *d. l. Libertus 15.*

Objicies I. Ex *d. l. in ſtipulationibus, §. operarum,* ubi ſi Libertus communis duobus Dominis operam unam promittat, quiſque ex Dominis partem operæ tantam, quantam in ſervo habet, petere poteſt. Concordat textus in *l. ſi quando, ff. de oper. Libert.* ibi: *Et peti poſſe partem operæ,* ubi tamen ſermo eſt de opera præterita, id eſt, quæ tranſacto jam die, & opera non præſtita, petitur: at in *d. §. operarum* ſermo eſt de opera præſtanda.

Facilis tamen reſponſio eſt, in utroque textu Juriſconſultos loqui de partibus operæ, habito reſpectu non ad operam ipſam, quæ eſt individua, ſed ad æſtimationem, quæ etiam in obligatione individua ſcindi poteſt, *l. ſtipulationes non dividuntur, ff. eod.* Conſtat autem, de æſtimatione ſermonem haberi, quia in *d. l. ſi quando,* ideo dicitur peti poſſe partem

 ope-

operæ,quia opera præterita petitur; & operæ præteritæ non eſt, niſi æſtimatio: & in *d.§.operarum*, ubi de opera præſtanda agitur, aperte habetur, aut æſtimationem operæ fieri, aut eandem operam ſimul duobus Patronis conſentientibus communiter edi oportere.

Objicies II. Operis pars ſtipulari poteſt. Ergo etiam Operæ. At diſtinguendum eſt inter ea,quæ Individua ſunt ex deſtinatione & conventione, & inter Individua origine; hæc enim ſcindi ab homine non poſſunt, at illa poſſunt: nam fundus, quem habeo, unus erit, donec eum in duos dividam, *l.communi, §.Neratius, ff.comm.divid.*

Hactenus facta individua expoſuimus; conſequens eſſet, ut diceremus de pœna, quæ obligationibus faciendi adjici ſolet. Sed antequam ad eam aggrediamur, pretium operæ eſt, ut de Pignore dicamus, cujus cauſa Individuis accenſetur. Sit ergo.

De cauſa Pignoris.

QUamvis Pignus ſæpe in rebus dividuis, imo diviſis, conſiſtat, pignoris tamen cauſa ſemper indiviſa dicitur, *l.rem hereditariam, ff.de eviction.* ubi *Indiviſa* eſt pro *Individua*, ut in *l.viæ, ff.de ſervitut.* & ſpecies illius *legis* demonſtrat. Nam duo heredes Debitoris rem pignori obligatam vendiderunt, evictione promiſſa non in ſolidum, ſed pro parte hereditaria; tum unus ex his heredibus pignus pro parte ſua liberavit, ſolvens Creditori partem ſuam debiti, alter non liberavit: quocirca Creditor egit hypothecaria adverſus Emtorem,& Pignus evicit. Quæſitum eſt,an Emtor ex cauſa evictionis utrumque heredem convenire poſſet. Et videbatur negandum, quia evictionem non in ſolidum, ſed pro parte hereditaria promiſerunt, & unus heredum jam pro parte ſua pignus liberavit. Reſpondet tamen Papinianus, recte utrumque heredem conveniri, *propter indiviſam Pignoris cauſam.* Verum heres,qui pro parte ſua pecuniam ſolvit, licet exceptione doli contra Emtorem non gaudeat, tamen ei judicio familiæ erciſcundæ adverſus coheredem conſulitur, ut *ibidem* habetur.

Hæc indiviſa Pignoris cauſa ortum habet ex eo, quod Pignus introductum eſt, ut Creditori tutum ſit: tuitio autem, quæ eſt cauſa Pignoris, ut defenſio, individua eſt. Unde qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, licet partem ejus, quod ſibi debetur, acceperit: retinebit enim omnes, ut eo magis creditum ſibi in tuto ſit, *l.qui pignori, ff.de pignor. l.2. C.de Fidejuſſor.* Hinc etiam ſi Debitor, vel unus ex heredibus ipſius partem ſolverit, totum pignus Creditor vendere poteſt, *l.heredes, §.idem Juris, ff.fam.erciſc. l.ſi neceſſarias, §.ſi unus, ff.de pignerat.act.* etiamſi pro majori parte debitum ſolutum ſit, *l.quamdiu,C.de diſtract. pign.* Ita quoque ſi Creditori plures heredes exiſtant, & uni ex his

his pars ejus ſolvatur, adhuc ceteri heredes totum pignus vendere poſſunt, oblato tamen Debitori eo, quod coheredi eorum ſolvit, *l.ſolutum, §.ſi creditori, ff.cit.tit.* Et vera hæc ſunt, non ſi de ſorte tantum, ſed etſi de uſuris duntaxat aliquid ſuperſit ſolvendum, *l.2.C.Debitor.vendit.pign. imped.non poſſe*, Faber *de var.ſolut. qu.7. num.*41.

De pœna in Obligationibus Faciendi.

Quæstio Unica.

Est dictum ſupra de pœna ſubdita Stipulationibus dandi Speciem vel Quantitatem. Agemus modo de pœna adjecta Obligationi Faciendi, ſive Factum dividuum ſit, ſive individuum. Quod unum ſupererat ad capienda ea, quæ ex ſententia M.Porcii Catonis diſputantur a Paulo in *l.4. §.Cato, ff.eod.* Nam cetera, quæ illic nullo ordine coacervantur a Doctoribus, de Stipulationibus Iter fieri, Amplius non agi, de Rato, de Stipulationibus Prætoriis, de Jure Pontificio circa Individua, & hujuſmodi alia, ea a nobis ſuis in locis opportune diſpoſita jam explicata ſunt.

Itaque Obligationi Faciendi ſubdi pœna ſolet ob varias cauſas, ac proinde varie concipienda eſt. Nam ſi id agitur, ut fiat aliquid, ita concipietur Stipulatio pœnalis: *Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine tot aureos dari?* E diverſo ſi id agatur, ut ne fiat aliquid, ita concipietur: *Si adverſus id factum erit, &c. l.cum quod, l.continuus, §.pen. ff.eod.* Summa eſt, ut in Stipulationibus Facti affirmativi, pœna negative veniat: & in Stipulationibus Facti negativi, pœna veniat affirmative; quia pœnæ ſunt de genere oppoſitorum in quantum ad principales obligationes, ut ait Jaſon in *d. l.cum quod*. Nec in his Stipulationibus eſt neceſſe pœnæ nomen apponi & exprimi, ut male putat Jo:Andr. in *cap.bona fides, de depoſ.* ſatis eſt enim dicere: *Si adverſus id factum erit, tot dari? l.in executione, §.quod ſi ſtipulatus*, ubi *gl. ff.eod.* Alexander & Zaſius in noſtro *§.Cato*.

Hæc pœna in Stipulationibus varia operatur. I. Enim ob pœnam, ex die moræ, quando Stipulatio eſt duplex, prioris fit quaſi novatio; quia ex poſteriore Stipulatione tantum agi poteſt, non ex priore; niſi ſcilicet Contrahentes novari voluerint, quo caſu ſtatim, non expectata mora, novatio fit. Ita conciliantur leges, quæ videbantur ſibi invicem adverſari, *l ita ſtipulatus, §.item ſi, ff.eod. l.obligationum, §.fin.ff.de action.& obligat.* & *l.ſi quis a ſocio, cum ſequ. ff.pro ſocio, l.prædia, in fine, l.Lucius, ff.de act.emti, l.qui Romæ, §.Flavius, §.duo Fratres, ff.eod. l.apud Celſum, §.Labeo, ff.de doli except. l.reſcriptum, §.ſi pacto, ff.de pactis*, cum multis ſimilibus in toto Jure. Ita conciliat Cujacius in *d.l.ita ſtipulatus*, ubi etiam Zaſius varias Antiquorum controverſias & fluctus enarrat a *num.*42. Duplex

plex Stipulatio eſt, ſi ita concepta ſit, *Pamphilum dare ſpondes? & ſi non dederis, centum dare ſpondes?* Ubi agitur, ut alterutrum præſtetur, & poſt moram fit quaſi novatio, quia Stipulatio Pamphili ex mora transfunditur in Stipulationem pecuniæ: non eſt vera novatio, quia in ea non mutatur debitum, ſed cauſa debendi. Simplex Stipulatio eſt, quæ incipit a conditione, ut *Si Pamphilum non dederis, centum dare ſpondes?* ubi Pamphilus non eſt in obligatione, ſed in præſtatione. Et hic nulla quaſi novatio eſt. Vide in *d.l.ita ſtipulatus, §.item ſi.*

II. Stipulatio Facti alieni, & Stipulatio alteri facta, adjectione pœnæ ex inutili fit utilis, ut *Niſi Titius Romam iverit, centum pœnæ nomine ſpondes? Niſi Cajo fundum dederis, centum mihi dabis?* Quibus caſibus ſemper ex Stipulatione pœnali exigere id poſſum, quod pœnæ nomine promiſſum eſt, *§.alteri, §.verſa vice, Inſtit. de inutil.ſtipul.*

III. Non appoſita pœna, Creditor aget vel ad rem, ſeu Factum, vel ad id quod intereſt, quod plerumque incertum eſt, & variis ſubjacet diſcuſſionibus, ut plerumque fit litem de lite ſerere, *l.un. C.de ſent.quæ pro eo, quod intereſt, profer.* At ubi eſt ſubdita pœna, Creditor fit tutior, & relicto eo, quod intereſt, pœnam petet, quæ certam quantitatem continet, *§.non ſolum, Inſtit.de verb.obligat.*

IV. Pœna adjecta Stipulationi dandi rem etiam dividuam, veluti quantitatem, aut ſpeciem, ipſa individua eſt; quare pœnam committet etiam heres, qui ſuam partem ſolvit. Et ita deciditur in *l.5.§.ult. §.eod.* ut latius ſupra *cap.1. qu.2.*

Dubium tamen eſſe poterat, utrum in ſtipulationibus Faciendi pœna eodem modo individua ſit. Et de hac re ex ſententia Catonis egit Paulus *lib.XII. ad Sabinum*, & de M.Portio Catone intelligendus eſt, quem Juriſconſultum appellat Cornelius Nepos in *vita*. De Catone autem meminit Pomponius in *l.2. ff.de orig. Jur.* Is egregios de Juris diſciplina libros reliquit, teſte Gellio 13.*Noct.Attic.*18. *Commentarios Juris* nominat Feſtus in *v.Mundus*, ex quibus hæc accepiſſe Paulum, hic opinatur Cujacius. Ejus quoque eſt Regula, quæ dicitur Catoniana, & ſententia illa, de qua meminit Juſtinianus in *§.ult. Inſtit. de adopt.* Servos ſi a Domino adoptati ſint, hoc ipſo liberos intelligi. Sed jam Pauli verba recitemus.

§.Cato lib.XV. ſcribit: Pœna certæ pecuniæ promiſſa, ſi quid aliter factum ſit, mortuo Promiſſore, ſi ex pluribus heredibus unus contra quam cautum ſit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione ſua. Ab omnibus, ſi id factum, de quo cautum eſt, individuum ſit, veluti Iter fieri; quia quod in partes dividi non poteſt, ab omnibus quodammodo factum videretur. At ſi de eo cautum ſit, quod diviſionem recipiat, veluti Amplius non agi; tunc eum heredem, qui adverſus ea fecit, pro portione ſua ſolum pœnam committere. Differentiæ hanc eſſe rationem, quia in priore caſu omnes commiſiſſe videntur, quod niſi in ſolidum peccari non poterit illam ſtipulationem, Per te

non

Digitized by Google

non fieri, quo minus mihi ire agere liceat.

§.ſed videamus, ne non idem hic ſit, ſed magis idem, quod in illa ſtipulatione, Titium, heredemque ejus ratum habiturum? Nam hac ſtipulatione, & ſolus tenebitur, qui non habuerit ratum, & ſolus aget, a quo fuerit petitum: idque & Marcello videtur; quamvis ipſe Dominus pro parte ratum habere non poteſt.

Hæc Paulus, prout leguntur in Pandectis Florentinis, teſtibus Lælio Taurello hic, & Angelo Politiano 2. *epiſt. ult.* Dividitur textus in duas principales partes. In priori præter introductionem ad quæſtionem ſunt duæ propoſitiones Catonis, & ratio differentiæ. In poſteriore eſt ſupplementum Pauli, qui orditur ibi, *Sed videamus.*

Prior Pars.

HAnc diximus complecti duas Catonis propoſitiones una cum diſcriminis ratione. Singula enarranda ſunt.

I. CATONIS PROPOSITIO.

IN facto individuo, cui pœna certæ quantitatis ſubdita eſt, uno ex heredibus, contra quam cautum eſt, faciente, ab omnibus pœna committitur, non in ſolidum ſed pro ea parte, pro qua quiſque heres eſt. Concordant textus in *l. in executione, §. quod ſi, ff. eod. l. inter coheredes, §. quod ex facto, ff. fam. ercisc.* Exemplum Cato affert in ſtipulatione Iter fieri, quæ non eſt ſtipulatio ſervitutis, quæ eſt Jus, & in dando conſiſtit; ſed eſt ſtipulatio facti, id eſt, præſtandæ patientiæ in ſervitute Itineris jam conſtituti; nam Iter fieri eſt res facti, *l. 1. in princ. ff. de his, qui dejecer. vel effuder.* ibi: *Qui dejiciunt, ubi vulgo iter fiat, l. 1. § Julianus, ff. de Itin. Actuque priv.* ibi: *Si per vicini agrum iter fecerit.*

In nonnullis exemplaribus legitur, *veluti Iter fieri, vel non fieri.* Non ſunt tamen duo exempla, ſed unum; nam ſtipulatio Iter fieri ita compendio dicitur; cum vero explicatur, ita habet, *Non fieri per te, quo minus mihi ire liceat?* & patet ex noſtro *§. in fine.* Paria ergo ſunt Iter fieri, & Per te non fieri, & geminantur ut unum explicet alterum, ut recte hic Zaſius notat.

Exemplum ergo ita ſe habet. Cum turbarer in ſervitute Itineris, quam per tuum fundum habeo, bis a te ſtipulatus ſum: primo *Promittis, per te non fieri, quominus mihi per tuum fundum ire liceat?* deinde: *Si adverſus id factum erit,* tunc *decem dari.* Quæ eſt ſtipulatio duplex, una principalis, altera pœnalis. Vel una ſtipulatione ita: *Si per te non fiat, quominus mihi ire liceat, decem dare ſpondes?* Hic enim nihil intereſt, utro modo dictum ſit. Defuncto Promiſſore, unus ex pluribus heredibus

me

me ire prohibuit; quocirca ago non ad id, quod intereſt, ſed ad pœnam. At contra quem? Cato ait, poſſe me omnes heredes uno judicio conveni_ re, ut pœnam ſolvant, licet unus prohibuerit: omnes autem convenien- tur, univerſi in ſolidum, ſinguli pro portione hereditaria.

Rationem, cur omnes conveniantur, reddit Cato, quia ſtipulatio Iter fieri eſt individua; quare dum ab uno ex heredibus prohibeor, in ſoli- dum prohibeor, & ideo mea intereſt a nemine prohiberi. At rationem, cur ſinguli pro parte hereditaria teneantur, non reddit Cato. Ea tamen eſt, quia pœnæ, quæ in quantitate conſiſtunt, dividuæ ſunt.

At cur heres, qui prohibuit, non convenitur ipſe in ſolidum? Dici- mus, quia ſtipulatio iſta pœnalis deſcendit in heredes a Defuncto, & eſt dividua: obligatio autem dividua ex lege XII. Tabularum ſcinditur ipſo Jure inter heredes, *l.pacto, C.de pactis, l.heredes, §.an ea, ff.fam.ercisc.*

Tota ergo ratio primæ propoſitionis Catonianæ dependet ex qua- tuor. I. Quia res promiſſa eſt Individua. II. Quia pœna ſubjecta eſt divi- dua. III. Quia ex re individua oritur obligatio in ſolidum. IV. Quia obli- gatio rei dividuæ ſcinditur ex lege XII. Tabularum inter coheredes.

Et hic noſter textus eſt ſingularis ad hoc, ut omnes heredes tenean- tur in ſolidum, ſinguli pro parte hereditaria: & ex eo declarantur multi Juris noſtri loci, qui aliter verterentur in dubium, ut ait Zaſius hic *n.26.* ut eſt textus in *d.l.heredes, §.in illa,* ubi in ſtipulatione Iter fieri, uno he- rede prohibente, in ſolidum committitur ſtipulatio pœnalis; id eſt, in ſolidum, in quantum ad omnes unitim; pro parte hereditaria, in quan- tum ad ſingulos. In aliis legibus in eodem exemplo ſimpliciter dicitur, Unius facto omnes coheredes teneri, *l.inter coheredes, §.quod ex facto, ff.cit.tit. l.in executione, §.quod ſi, l.Julianus in princ. ff.eod.* Omnes ergo ex noſtro §. dilucidantur: atque ita in ſimilibus diſcurrendum eſt; eo enim ſolum caſu quiſque heredum tenetur in ſolidum, cum res eſt individua, ut jam dicemus: ut ſi obligarentur ad ſervitutem conſtituendam, *d.l.heredes, §.an ea, l.2. §.ex his, ff.eod. l.fideicommiſſa, §.pen. ff.de leg.3.* ibi: *Si in opere Civitatis faciendo aliquod relictum ſit, unumquemque heredum in ſo- lidum teneri,* id eſt, in ſolidum, in quantum ad opus; pro parte heredita- ria, in quantum ad ſumtus, ut ibidem explicatur.

Ceterum hic plura notanda ſunt. I. Hæc intelligi ante judicium fa- miliæ erciſcundæ; poſt enim diviſam hereditatem ſi prohibeat is, cui fun- dus ſerviens adjudicatus eſt, ipſe ſolum pro ſolido ad pœnam tenetur, *l.continuus, §.ult, ff.eod.*

II. Si prohibitio facta ſit ante judicium familiæ erciſcundæ, ita ut omnes heredes conventi ſint, & ſinguli pro portione hereditaria pœnam ſolverint; inſtituto deinde eo judicio quiſque repetet a coherede, qui prohibuit, id quod ſolvit, *d.l.heredes, §.idem juris, d.l.in executione, §.item ſi ita.*

Quæres, quidnam ſtatuendum ſit, ſi facto individuo apponatur pœ-

na

Digitized by Google

ita non certæ pecuniæ, ut Cato ponit, ſed rei etiam individuæ, ut *Foſſam duces? Romam ibis?*

Et dicimus, pariter ob culpam unius heredis omnes teneri; quia adhuc verum eſt, id quod eſt individuum, factum ab uno heredum, ab omnibus quodammodo factum videri. Diſcrepat tamen hic caſus a ſuperiore in hoc, quod hic quiſque heredum convenietur non pro ea parte, pro qua heres eſt, ſed pro ſolido; cum enim pœna ſit rei individuæ, non intelligitur ex lege XII. Tabularum diviſa inter coheredes. Ita Zaſius hic *n.*28. Id tamen verum eſt, cum agitur ad rem individuam præciſe; nam ſi agatur ad æſtimationem ad id, quod intereſt, jam pœna ex individua dicitur evaſiſſe dividua, ex *l. ſtipulationes non dividuntur in princ. ff. eod. l. in lege Falcidia, ff. ad legem Falcidiam*: ut propterea ex prima Catonis propoſitione quiſque heredum pro portione hereditaria convenietur: quamquam Zaſius hoc etiam caſu quemque in ſolidum teneri affirmet, parum ſibi conſenſiens, ut conſtabit ex his, quæ in Propoſitione II. ex eodem Zaſio afferemus.

Multa tamen ſunt, quæ adverſus primam hanc Catonis propoſitionem opponuntur ex variis Juris noſtri locis, in quibus reſolvendis tota fere verſatur Bartoli expoſitio, & recitatio hic facta.

I. Ex Ulpiano in *l. de pupillo, §. ſi plurium res, ff. de oper. novi nunciat.* ubi ſi unus ex Dominis ejuſdem rei ædificaverit poſt operis novi nunciationem, alii qui non ædificaverint, non tenentur: *neque enim debet nocere factum alterius ei, qui nihil fecit*, ut ſunt Ulpiani verba; id eſt, impenſæ in ædificium excitandum factæ, & impenſæ in idem Juſſu Prætoris reſtituendum (Reſtituere in hoc Edicto eſt Deſtruere) erogatæ, in judicio communi dividundo ab aliis Dominis & Sociis pro rata parte non reficientur, ſed eas ſolus ipſe ſubibit. Et tamen novi operis nunciatio individua eſt, ut in noſtra *l.* 4. *§. ult.*

Verum dicimus, hic duo diſtinguenda eſſe, nunciationem operis novi, & judicium communi dividundo. Cum agitur de opere novo deſtruendo, id ad nunciationem novi operis pertinet: at cum agitur de expenſis pro parte reficiendis ei, qui poſt denunciationem ædificavit, id ad judicium communi dividundo ſpectat, in quo habetur ratio expenſarum, ut rei dividuæ, & utrum juſte factæ ſint, inquiritur. Hæc exemplo heredum clariora fiunt; nam ſi unus heredum prohibuit iter fieri, omnes tenentur, at cum deinde judicium familiæ erciſcundæ inſtituitur, tunc heredes, qui non deliquerunt, repetunt a delinquente id, quod ipſius culpa ſolutum eſt, *d. l. heredes, §. idem Juris*. Sicut ergo hic heredes, qui ſolverunt, repetunt a delinquente, ita in *d. §. ſi plurium res* Socii, qui non ſolverunt, nihil reficiunt delinquenti, qui ſolvit.

Neque nos moveat, non debere nocere factum alterius ei, qui nihil fecit, ut Ulpianus dicebat, & habetur in *l. ſancimus, C. de pœnis*; nam effectu inſpecto, negamus heredes innocentes plecti, utpote quibus in

judicio familiæ erciſcundæ a delinquente omne damnum reficitur : etſi interim lex, ut conſulat indemnitati Creditoris, cogat omnes heredes ad pœnam ei ſolvendam.

II. Ex *l.fideicommiſſa, §.pen. ff.de leg.3.* Species eſt : reliquit Teſtator certam pecuniæ ſummam, ut in opere Civitatis faciendo impenderetur ab heredibus, quos plures habuit; quia opus eſt individuum, quiſque heredum tenetur in ſolidum. Accidit, ut reliquis heredibus ceſſantibus, unus ex ipſis opus fecerit. Dicitur, eum qui fecit, recte feciſſe, & non teneri ob ceſſationem aliorum : imo eum imputaturum in judicio familiæ erciſcundæ ſumtum coheredibus pro parte ipſorum. Et ſubditur, id ipſum eſſe in ceteris, quæ diviſionem non recipiunt.

Pro reſponſione plura notanda ſunt. I. Hic nullam a Teſtatore in gratiam Civitatis fuiſſe ſubditam pœnam. II. Factum fuiſſe affirmativum. III. Fuiſſe in manu unius ex heredibus totum opus facere, ex reſcripto D.Marci, & Lucii Veri, qui tempus præſtiterunt heredibus ad opus faciendum, quo tranſacto, conceſſerunt uni ex ipſis, qui id petebat, ut ſolus faceret. Hinc ergo qui ſolus fecit, ad nihil tenetur, quia permiſſu Principum totum opus confecit; & qui non fecerunt, non coguntur niſi partem ſumtuum contribuere, cum nulla pœna fuerit appoſita. Tota ergo difficultas fuit, an unus tantum heres poſſet opus facere, cum unuſquiſque in ſolidum teneretur, & permiſſu Principum dictum eſt poſſe: qui permiſſus hodie amplius non eſt hominis, ſed eſt legis, hoc eſt, quilibet heres ipſo Jure poſſet opus injunctum conficere. Unde recte Angelus in *l.2.§.ex his, ff.eod.* voluit, ex pluribus Sociis ejus fundi, qui ſervitutem promiſerunt, poſſe unum ſervitutem conſtituere, ſi in manu ejus fundus ſit. Quod etiam comprobat Zaſius hic *num.*35.

Quod ſi Teſtator pœnam legato Operis ſubdidiſſet, puto Civitatem pœnam ab omnibus exigere potuiſſe, etiam ab eo, qui opus confecit; nam in pœna non inquiritur an interſit, ſed an pœna commiſſa ſit, *d.l.2. §.contra*. Et propterea in hoc etiam caſu Regula noſtri Catonis firma manet: niſi dicamus, heredem, qui opus fecit, tueri reſcripto Principis, quod impetravit: fecit enim legitime, quamvis Ludovicus Romanus, & Zaſius hic *num.*40. velint, etiam heredes, qui in mora ſunt, pœnam evitare.

III. Ex *l.in depoſiti, cum ſequ. ff.depoſ.* ubi ſi unus ex heredibus dolum in re depoſita admittat, ſolus tenetur. Similia habentur in *l.1. §.ſi duo*, & in *l.ſi duo, ff.cit.tit.* in *l.ſi ut certo, §.ſi duobus*, & in *l.in commodato, §.1. ff.commodati.*

Facillime reſpondetur, in his agi de obligatione reſtituendi rem, quæ prout in Individuis eſt individua, ita in iis, quæ diviſionem recipiunt, dividua eſt; & in citatis Juribus de Dividuis agitur, ut facile conſideranti patet, & diximus ſupra in *Rem reſtitui.*

II. CA.

II. CATONIS Propositio.

IN Facto dividuo, cui pœna certæ pecuniæ ſubjecta eſt, is ſolus heres, qui contra fecerit, pro parte tantum ſua pœnam committit, ita ut ab eo ſolum pœna pro parte hereditaria exigi poſſit, non etiam a coheredibus. Exemplum Cato proponit in ſtipulatione Amplius non agi, cui ſcilicet pœnam decem ſubjecta ſit; tunc enim uno ex heredibus Promiſſoris agente, ipſe ſolum convenitur ad pœnam ſolvendam, non in ſolidum, ſed pro ea parte, qua heres eſt. Ratio eſt, quia unus ille heres, qui agit, nequit a me petere totam rem, cum agatur de obligatione dividua. Petet ergo ſolum quadrantem, ſi pro quadrante heres eſt. Nocet ergo mihi pro parte, proinde pro ea quoque parte pœnam committet.

Quæres quid dicendum ſit, ſi in Facto dividuo pœna ſit individua, id eſt non conſiſtat in quantitate, ſed dictum ſit, *Si adverſus id factum ſit, conſtituis iter?*

Varia Doctorum opinio eſt. Verius eſt, ſtipulationem principalem manere dividuam, non obſtante ſtipulatione pœnali individua: heredem vero, qui fecit contra id, quod cautum fuit, teneri ad ſolidam pœnam; cum enim pœna ſit individua, utique pars pœnæ peti non poteſt. Verum quia ſolus ſervitutem in re communi præſtare non poteſt, *l.unus ex ſociis, ff.de ſervitut.ruſtic.præd.* proinde decurri ad æſtimationem, quanti mea intereſt ſervitutem itineris non conſtitui: ob quam æſtimationem jam pœna attenditur ut dividua, *l.in lege Falcidia, ff.ad legem Falcidiam*, ubi ſi ex ſervitute legata deducenda ſit lex Falcidia, ex æſtimatione ejus quarta deducitur. Ex quibus fieri heredem, qui egit, non teneri niſi ad pœnam pro parte hereditaria, coheredibus nihil ſolventibus. Itaque iſto etiam caſu, attento effectu, firma Catonis propoſitio manet. Ita poſt Petr. de Bellap. docet Zaſius hic *num.*30. Quod ſi dictum ſit in pœnam, *Romam ibis? Statuam facies?* univerſa pœna ſolvenda eſt.

Vehementer tamen obſtat contra ſecundam Catonis propoſitionem; quia ſi promiſi certam pecuniam, vel certum fundum, & ni ſolveretur, certam quantitatis pœnam, & unus ex heredibus meis partem ſolvat, alter non, pœna in ſolidum contra ambos committitur, *l.5. §.ſi ſortem, l.in executione, §.item ſi, ff.eod.l.heredes, §.idem Juris, ff.fam.erciſc.* & diximus ſupra *cap.1. qu.2.*

Varie reſponſum eſt. Et quidem Cheſius *lib.1. interpr. jur. cap.50.* poſt Alciatum, aliosque, ait diſtinguendum eſſe inter ſtipulationem pœnalem puram, & conditionalem; nam in recitatis modo legibus conditionalis fuit, ut ex illis verbis *d.§.ſi ſortem* patet: *Si ea non ſolvatur*; & in *d.§.item ſi*, ex illis: *Si fundus Titianus non detur*. At in noſtro §.Cato ſtipulatio pœnalis pura fuit. Merito ergo hæc dividua eſt, illa individua, quia conditio etiam rei dividuæ adjecta, actum reddit individuum.

Digitized by Google

Hæc conciliatio multis ex capitibus rejicitur. I. Quia in Jure noſtro expreſſe habemus, pœnam ſemper ſub conditione concipi, id eſt, in factis negativis ita: *Si adverſus ea factum erit*: in affirmativis ita: *Si ita factum non erit, l.continuus, §.pen. l.cum quod, ff.eod. §.non ſolum, Inſtit. hoc tit.* II. Si ponamus pœnam ita concipi: *Promittis Stichum ſub pœna decem*, huic ſtipulationi tacita etiam conditio ineſt; ſenſus quippe eſt: *Si Stichum non dabis, promittis pœnam decem?* nam omnis ſtipulatio pœnalis, conditionalis eſt, quibuſcunque verbis concipiatur, *l.ſi duobus, ff.de condit. & demonſtr. l.ſtipulatio iſta, §.alteri, in fine*, ubi Cujacius, *ff.eod.* Zaſius hic *num.*87. Unde Alciatus in *d.l.*5.*§.ſi ſortem* docuit, ſtipulationem uſurarum, tanquam pœnalem, intelligi ſub conditione conceptam, ſi ſcilicet ſors ſoluta non fuerit, quamvis dictum ſit: *Promittis tot in ſingulos annos pro uſuris?* Et hoc caſu nullum eſt diſcrimen inter conditionem expreſſam, & tacitam, ſcilicet, ſi illa facit actum individuum; ergo etiam iſta, ut idem Alciatus *ibidem* contendit. III. Omnem dubitationem tollit Cato ipſe, qui expreſſe ait, ſtipulationem pœnalem fuiſſe conditionalem: quippe hæc habet: *Pœna certa pecuniæ promiſſa, ſi quid aliter factum ſit*. IV. Quia hæc de conditione opinio, quod reddat actum individuum, falſa eſt, ut jam diximus, & patet ex hoc ipſo *§.Cato.*

Alii alio confugiunt. Vera eſſe videtur diſtinctio Joannis apud Accurſium hic, quam Doctores communiter ſequuntur. Nempe ſeparandas eſſe ſtipulationes Faciendi a ſtipulationibus Dandi. Itaque in ſtipulatione faciendi, vel non faciendi, ſuper facto dividuo, ſi pœna quantitatis ſubdita ſit, ſolus heres, qui contra cautionem facit, tenetur ad pœnam pro ea parte, pro qua heres eſt, & de hac ſermo eſt in noſtro *§.Cato.* Secus eſt in ſtipulatione dandi rem dividuam, adjecta quantitatis pœna; quippe uno ex heredibus non dante, omnes in ſolidum pœnam committunt; & de hac ſtipulatione dandi aperte habetur in *d.l.*5. *§.ſi ſortem* cum aliis concordantibus jam citatis.

Ceterum quamvis hæc diſtinctio communiter recepta ſit, tamen de ratione diſtinctionis & diſcriminis non una ſententia eſt. Joannes eam reddit, quia facilius eſt dare, quam facere: facilius poteſt alter pro altero dare, quam facere. Id tamen rejicit Alexander de Imola, quia licet id in quantitate verum ſit, falſum tamen eſt in ſpecie, veluti in fundo: etenim coheres partem fundi, quæ ad coheredem pertinet, dare non poteſt, licet partem ſuam poſſit. Quare ratio Joannis utilis non eſt, quidquid contra moliatur Zaſius hic *num.*75. *& ſequ.*

Rectius Cujacius hic rationem diſtinctionis in eo ponit, quod in ſtipulatione dandi Stipulatoris intereſt ſibi non ſolvi per partes, quia ſolutio partium non minima incommoda habet, *l.*3.*ff.fam.erciſc.* At in ſtipulatione faciendi nihil intereſt, niſi pro parte, cum pro parte factum vel non factum eſt. Exempli gratia, unus ex heredibus agit, non mea intereſt,

ni-

niſi pro ea parte, pro qua ipſe heres eſt, ut in exemplo hujus Propoſitionis expoſuimus; merito pro parte tantum pœna committitur. Sequitur Fachin. 10. *contr.63.* Addit Valentia *tract.4. cap.6. num.20.* factum dividuum pro pluribus factis haberi; nam recipit diviſionem, non quia unicum factum dividi poſſibile ſit, ſed quia plura facta cenſentur. Utraque ratio deſumta eſt ex *l.ſi procurator, §.6. ff.rem ratam haberi.*

Differentiæ ratio inter utramque Propoſitionem.

HAnc reddit Cato ipſe, ſed mutilatam, & ex duabus partibus, quas deberet habere, unam tantum apponit, ait enim in ſtipulatione Iter fieri, quæ eſt individua, ideo uno herede prohibente, omnes ad pœnam teneri, quia cum non niſi in ſolidum præſtari poſſit, ideo quod unus commiſit, omnes commiſiſſe videntur. Quod ipſe etiam Cato jam ſupra in prima Propoſitione dixerat, & nunc repetit. De altera ſtipulatione Amplius non agi, quæ eſt dividua, nihil habet; opinatus enim eſt, ſatis intelligi rationem facti dividui ex ratione facti individui: quippe cognito uno ex contrariis, facile eſt & alterum cognoſcere, *§.ſed videamus, Inſtit.de iis, qui ſui vel alieni Juris ſunt.*

Tria hic notatu digna occurrunt. I. Verba illa Catonis, *Quod niſi in ſolidum peccari non poterit illam ſtipulationem*, a recto linguæ latinæ uſu abhorrere videri. Quare aliter atque aliter ea pro arbitrio corrigunt Accurſius, Coraſius, Faber. Alterutrum eſt recipiendum, aut cum Lælio Taurello in *enarrat. noſtri §.* legi debere cum parentheſi & ſicilico, ita: *In priore caſu omnes commiſiſſe videntur (quod niſi in ſolidum peccari non poterit) illam ſtipulationem, Per te non fieri, &c.* ita ut *Illam ſtipulationem* referatur ad *Commiſiſſe.* Aut potius cum Cujacio exiſtimandum eſt, a Catone dici, *Peccari ſtipulationem*, pro *In ſtipulationem* vel *ſecundum ſtipulationem*, ut cum dicimus, *Et alia id genus.* Et erit locutio a Græcis accepta. Et licet Faber 3. *conject.7.* Priſciani Manes advocet, non eſt tamen a ratione alienum.

II. Eam ſtipulationem, quam Cato ſupra appellarat *Iter fieri*, hic planius exponi, *Per te non fieri, quo minus mihi ire agere liceat?* ut propterea longe aberrent a vero Alciatus, aliique, qui Catonem de pluribus diverſiſque ſtipulationibus locutum exiſtimant, ut recte a Zaſio animadverſum eſt.

III. In aliquibus libris hæc ultima verba planius legi, adjecta heredis mentione, ita: *Per te non fieri, neque per heredem tuum, &c.* ut etiam exprimitur in *l.2. §.ſi in facto, l.in executione, §.quod ſi ſtipulatus, ff.eod. l.heredes, §.in illa, ff.fam.erciſc.* Aliquando vero heredis mentio non habetur, *l.ſi ſtipulatus, ff.eod.* Et communis Doctorum conſenſus eſt, hæc nihil inter ſe differre, quia ſtipulatio *Per te non fieri* obligat etiam here-

Digitized by Google

dem Promiſſoris, tanquam ſi heredis mentio injecta eſſet, *l.ſtipulatio iſta in princ. ff.eod.* Inde eſt,quod Cato in noſtro *§.in princ.* ſatis exiſtimavit, eam ſtipulationem generatim proponere, *Iter fieri*, vel *Non fieri*; quia nempe nihil intereſt, utrum deinde addatur, *Per te*, an potius, *Per te, heredemque tuum*; ſemper enim eadem Catonis ratio locum habet.

Ex quibus manifeſte rejicitur commentum Antonii Fabri *loc.cit.* dum inquit, in ſtipulatione, *Per te heredemque tuum*, uno ex heredibus, peccante, omnes peccaſſe intelligi, tam in quantum ad rem ipſam individuam, quam in quantum ad pœnam: at in illa *Per te*, omnes peccare in quantum ad id,quod intereſt,non in quantum ad pœnam. Quæ doctrina eſt contra noſtrum textum, ubi in fine in Pandectis Florentinis legitur ſimpliciter, *Per te non fieri, quo minus*, ut etiam legit Faber ipſe; & nihilominus Cato ait, uno ex heredibus peccante, omnes pœnam committere.

Supplementum, ſeu Nota Pauli.

HAbetur hæc in *§. ſed videamus*, in quo exponendo mire variatum eſt a Doctoribus, ob illa verba: *Sed videamus, ne non idem hic ſit, ſed magis idem, quod in illa ſtipulatione, Titium heredemque ejus ratum habiturum*. Difficultas oritur ex articulo *Hic*, cuinam referatur. Taurellus refert ad ſtipulationem doli mali, de qua in initio noſtræ *l.*4. ita ut hic corrigatur, quod ibi dictum eſt, ſtipulationem doli mali eſſe individuam, de qua te infra in *Controverſiis*. Faber cum nonnullis Antiquis, ad ſtipulationem Iter fieri. Accurſius ad ſtipulationem Amplius non agi; quod verum eſt.

Et ita ſenſus eſt planiſſimus. Dixerat enim Cato cauſam, unde ſit, quod in ſtipulatione Iter fieri uno herede peccante,omnes pœnam luant; non dixerat, cur contrarium ſit in ſtipulatione Amplius non agi. Propterea Paulus ait: *Videamus ne non idem hic ſit*; nempe an quod Cato de ſtipulatione Iter fieri dicit, an inquam id ipſum locum habeat in altera ſtipulatione modo propoſita, Amplius non agi. Et ſibi reſpondet, negando: *Sed magis idem, quod in illa ſtipulatione, Titium, heredemque ejus ratum habiturum.* Senſus eſt: In ſtipulatione Amplius non agi,magis,ideſt, potius idem eſt, quod obſervatur in ſtipulatione Rati. Ubi Paulus per particulam *Magis*, quæ interpretanda eſt *Potius*, duo dicit, unum tacite, alterum expreſſe. Tacite, in ſtipulatione Amplius non agi non eſſe idem, quod in ſtipulatione Iter fieri. Expreſſe, idem eſſe, quod in ſtipulatione Rati.

Ex quibus, quod ad verba attinet, plura colliguntur. I. Notam interrogationis non eſſe apponendam in fine periodi, ſeu poſt *Habiturum*, ut vulgo fit, ſed adſcribi debere poſt prima illa verba: *Sed videamus, ne non*

Digitized by Google

non idem hic ſit? In his enim Paulus interrogat: tum reſpondet, dicendo; *Sed magis idem*, ſcilicet, *eſt.*

II. Perverſe poſt totam prædictam periodum adjecta eſſe verba illa: *Et Paulus reſpondit, idem eſſe*, quæ eſt proteſtatio poſt factum; nam jam reſponderat, nunc dicit ſe reſpondere: quod eſt ridiculum; quare recte a Pandectis Florentinis abſunt. Eo magis, quod in libris Commentariorum, ut ſunt Pauli *ad Sabinum*, non convenit clauſula illa, *Reſpondi*, vel *Reſpondit*, quæ propria eſt in Reſponſis, vel Quæſtionibus.

Comparat ergo Paulus has ſtipulationes non peti, & Rem ratam haberi. Et merito; nam qui ratum habet, amplius petere nequit; & qui promittit, amplius non petere, utique ratum & habet. Quare in formula Amplius non petendi, ineſt clauſula de Rato, *l. procurator* 23. *ff. rem rat. hab.* Et id in cauſa eſt, cur ſub *tit. ff. rem rat. hab.* agatur etiam de ſtipulatione Amplius non peti, vel non agi, *l. ſi quis uni, cum l. ſequ. illo tit.*

Hanc ſtipulationem Rati proſequitur deinde Paulus, ſtatuitque eam per omnia eſſe dividuam, tam in quantum ad heredes Promiſſoris, quam reſpectu heredum Stipulatoris, etſi pœnam adjectam habeat. Quocirca ille ſolus ex heredibus Promiſſoris tenetur, qui ratum non habuit: & ille ſolus ex heredibus Stipulatoris aget, a quo petitum eſt. Unde colligere licet, id ipſum eſſe de ſtipulatione Amplius non peti, nempe ſolum eum heredem obligari, qui petiit, & ſolum agere ad pœnam eum, a quo petitum eſt, ut ex Marcello hic Paulus tradit.

Neque obſtat, quod pœna individua ſit etiam in heredibus, *l. heredes*, *§. idem Juris*, *ff. fam. erciſc.* Nam id intelligitur de pœna in Dando, non in Faciendo, ut jam paulo ante diximus.

Hæc in heredibus vera ſunt, non in ipſo Promiſſore, qui ſi pro parte ratum non habeat, quod ſe ratum habiturum ſpopondit, totam pœnam committet, ut in noſtro *§. ſed videamus*. Neque id in Jure novum eſt; nam legatarius partem legati agnoſcere non poteſt, partem repudiare; at heredum ejus unus partem ſuam agnoſcere poteſt, alter repudiare, *l. legatarius*, *in princ. ff. de leg.* 1. Ita quoque heredes Debitoris poſſunt pecuniam ſolvere per partes, Debitor ipſe non poteſt, *l. tutor*, *§. Lucius*, *ff. de uſuris*, & latius dictum eſt ſupra. Et ita in ſimilibus diſcurrere opus eſt: licet enim heredes Depoſitarii quantitatem depoſitam ſolvere particulatim poſſint; id tamen denegatur ipſi Depoſitario, qui ut totum ſemel accepit, ita totum ſemel reſtituere debet, ut jam antea monuimus.

Ceterum ſi non ipſe Dominus, ſed ipſius Procurator, Dominum rem ratam habiturum promiſerit, licitum ſit Domino pro parte ratum habere, ut cui licitum etiam hoc caſu eſt, nihil ratum habere, *l. cum Debitore*, *l. ſi Procurator* 18. *ff. rem rat. hab.* Cujacius in *l.* 2. *ff. eod.* Valentia *d. cap.* 6. *num.* 24.

Et

Digitized by Google

da legata, caverint ob legem Falcidiam, cautio hæc alteri heredi non prodeſt. Ita etiam, ſi uni ex heredibus præſtetur cautio judicatum ſolvi, hæc coheredibus in eadem lite non juvat. Ita etiam explicant Aretinus & Jaſon hic: imo Veteres omnes ante Bartolum.

Nec quidquam nos moveat ratio ab æquitate Prætoria, quam ingerit Bartolus; nam Regula Catonis æquitati non repugnat. Quamvis enim in re individua alter pro altero teneatur, tamen innocenti conſulitur Judicio familiæ erciſcundæ; quocirca nullus amplius locus Prætori relinquitur, qui tunc æquitatem ſuam interponit, cum nullum de Jure civili remedium promtum eſt, ut patet in Pauliana, Publiciana, ceteriſque Prætoriis Actionibus.

Lælius Taurellus voluit, ſtipulationem Prætoriam de dolo eſſe dividuam, ita ut initium *l.4. ff.eod.* ubi individua ex Sabino proponitur, contendat corrigi a Paulo in *§.ſed videamus* ejuſdem legis. Id probat ex eo, quod Cautio de dolo eſt ad Quanti ea res eſt, *l.ſtipulatio iſta, § ſi quis dolum, ff.eod.* Et cautiones Quanti ea res eſt, omnes ſunt dividuæ, *l.2. §.incertam, ff.de Prætor.ſtipulat.* Ergo etiam Cautio de dolo.

Diſtinguimus aſſumtionem. Nempe Stipulationes Prætoriæ ad Quanti ea res, ſunt dividuæ; & de his agitur in *d.§.incertam*: non etiam aliæ, aut Conventionales, aut Judiciales; nam Stipulatio de dolo Judicis officio interponitur, *l.ſtipulationes, §.Judiciales, ff.eod.* Proinde licet ad quantitatem incertam, poteſt eſſe individua. Quod apertiſſime oſtenditur ex *l.ex clauſula, ff.judic.ſolvi*, ubi in Cautione Judicatum ſolvi, ex clauſula Doli mali ob rem non defenſam, in ſolidum committitur Stipulatio.

II. Quæſtio eſt, an de Jure Pontificio in rebus individuis pœna committatur in totum, an pro parte. Et pro parte tantum committi, tradit Bartolus, quem Alexander, Zaſius, & alii ſequuntur. Id ipſum volunt communiter Canoniſtæ in *cap.ſuam, de pœnis*. A qua ſententia recedendum non eſſe, ait Genuenſ. in *practicab. Eccleſ. qu.685. & ſequ.* Et moventur ex *d.cap.ſuam.*

Quod tamen nihil facit ad rem; nam I. Ibi ſermo non eſt de heredibus, in quibus proprie attenduntur Dividua, ſed de ipſis Reis, qui ſententiæ Arbitri pro parte paruerunt, & tamen pœnam non committunt: quare hæc reſtrictio non pertinet ad noſtrum *§.Cato*, ſed ad *l.5. §.fin. ff. eod.* II. Quia ibi vetat Summus Pontifex ulla ex parte pœnam exigi; quare plus probat, quam volunt Doctores; ideoque nihil probat. III. Quia ibi ſpecialis caſus eſt, cum nempe Epiſcopus eſt, qui pœnam petit, cui indecens eſt, ut lucro inhiet, ut ibi Summus Pontifex ait: quocirca non eſt ille textus ad alios caſus extendendus.

Stet ergo, Jus Pontificium hic a Jure Romano non diſcordare; quoties enim Jus Civile non eſt expreſſe ab aliquo Canone correctum, toties illi in utroque foro ſtandum eſt, *cap.novit, de judic. cap.1. & ult. de novi oper.nunciat.* Non enim Canones dedignantur Jura ſequi. Quam regulam

Græci etiam Canoniſtæ tradunt. Theodorus Balſamo in *Nomocan. Photii tit. 1. cap. 28. in fine*: ἔνθα μὲν γὰρ οὐδέν τι οἱ κανόνες διορίζονται, ὀφείλομεν τοῖς νόμοις ἀκολουθεῖν, ἢ ἐκ τῶν ὁμοίων τέμνειν τὰ ὅμοια: *Ubi enim Canones nihil determinant, ſequi debemus Leges, vel ſimilia ex ſimilibus decidere*. Jam Civile Jus in regula de Individuis nuſquam eſt a Jure Pontificio correctum; cur ergo ſtare prohibetur? Imo in *cap. dilecti, de arbitr.* & in *cap. conſtitutus, de pœnis*, expreſſe commiſſio pœnæ conventionalis admittitur & probatur. Vulgo tamen in foro pœna conventionalis non exigitur, niſi concurrat cum eo, quod intereſt; Afflict. *dec.* 135. ubi Urſillus, Faber in *Cod. def. 9. & 14. hoc tit.* Leotardus *de Uſuris qu.* 38. *num.* 8.

De Dividuis petitione, Individuis ſolutione.

C A P U T IV.

HUjus conditionis ſunt, quæ a pluribus Creditoris heredibus petuntur pro parte, at nequeunt a Debitore ſolvi, niſi pro ſolido: & Creditor contra plures Debitoris heredes non agit, niſi pro parte, ſed liberatio non contingit, niſi ſolido ſoluto. Ita eſt de Obligatione Generis, & de Obligatione Alterna. Itaque ſit.

De Genere.

GEnus in Jure noſtro eſt, quod plura corpora generali quadam ratione complectitur, veluti Homo eſt genus ſingulorum hominum; & dicitur incertus homo in *l. cum incertus, ff. de leg. 1. l. Julianus, ff. qui & a quibus*: ita etiam æquus, vas, & his ſimilia. Generis ſtipulatio duobus modis fit, vel *Promittis hominem? vel duos homines?* Utroque caſu, genus eſt, & diviſio fit non in partes, ſed in numerum: nam ſi qui duos homines ſtipulatus eſt, decedens duos heredes æquis partibus relinquat, ſinguli homines ſingulis ejus heredibus debentur, *l. in ſtipulationibus, in princ. ff. eod.*

Non ita eſt, ſi deceſſerit, qui ſtipulatus eſt duas ſpecies, veluti Stichum, & Pamphilum; nam non alteri heredum Stichus, alteri Pamphilus præſtabitur (quæ eſſet diviſio in numerum) ſed utrique heredum dimidia pars Stichi, dimidia Pamphilo debetur, cum ſpecies quæque dividatur in partes pro indiviſo, *d. l. in ſtipulationibus*, ubi Cujacius.

Objicies ex *l. cum Stichus, ff. de ſolut.* ubi ſi communi duorum ſervo homines decem (quod eſt genus) promiſſi ſint, Ulpianus ait, ita dividi, ut dimidiæ ſingulorum partes debeantur, tanquam ſi communi ſervo Stichus & Pamphilus promiſſi eſſent.

Difficultate preſſi Cujacius, Donellus, Charondas, varie textum emen-

emendant. Alii varie explicant, de quibus vide Valentiam *tract.4.cap.3. a num.39. ad 53.* Breviter tamen dicendum eſt, Ulpianum capi oportere de eo caſu, quo inter contrahentes id actum eſt, ut nomine *Decem* corpora comprehenderent, non numerum. Id demonſtrat ipſe Ulpianus, cum ait: *Nam ambigua vox eſt decem homines, quemadmodum decem denarii: atque utriuſque rei dimidium duobus modis intelligi poteſt.* Dicit, *decem homines* eſſe vocem ambiguam, quia & corpora ſignant, & numerum. Si ergo denotat corpora, diviſio fiet in partes; ſi numerum, fiet in numerum diviſio. Propterea ſubdit, dimidium hic duobus modis poſſe intelligi. In dubio tamen ſemper diviſio inſtituenda eſt in numerum, ut tandem ibidem Ulpianus concludit: quidquid repugnet Donellus in *d.l.in ſtipulationibus, num.23.*

At ſi dicatur, *Promitto decem ſervos, qui ruri ſunt; centum nummos, quos in arca habeo*, tunc non genus, ſed ſpecies promiſſa dicitur, *l.ſed ſi certos, ff.de leg.1.*

Ex his fit, Genus natura ſua dividuum eſſe, in numerum ſcilicet, ſed niſi ſolida numero ſpecies præſtetur, ſtipulationi ſatis non fit, & parte ſoluta volenti, pro parte non contingit liberatio. Exempli gratia, promiſi tibi hominem, & Stichi partem ſolvi, conſtituendo te dominum pro indiviſo una mecum, nihil egi, quia debitor ſum numeri, & non partis, & adhuc ipſe poſſum a te conveniri, ut integrum hominem præſtem, *l.2. §.& harum, ff.eodem.*

Pars vero Stichi ſoluta repeti a me poteſt condictione indebiti. Petit Cujacius in *d.§.& harum, utrum ſtatim, an alio demum homine ſoluto.* Et reſpondet: *Verius eſt in pendenti eſſe condictionem.* Idem ait Bartolus. Quod contrarium eſſe videtur dicto *§.& harum*, cujus verba ſunt: *Sed aut ſtatim repeti poteſt, aut in pendenti eſt, donec alius detur.* Hæc tamen verba ita capienda ſunt, ut prior pars ſententiæ Pauli, *Aut ſtatim repeti poteſt*, corrigatur per poſteriorem, *Aut in pendenti eſt.* Quod interdum Juriſconſulti faciunt, ut patet ex *l.Debitori*, alias *ſi Debitori, ff.de Fidejuſſ.* Ceterum verba Pauli ita capienda eſſe, conſtat ex *l.ſi non ſortem, §.ſi decem*, ubi Faber, *ff.de condict.indeb.*

Itaque homine generaliter promiſſo, aut legato, omnes ſpecies ſunt in electione, quia ſub genere quælibet ſpecies eſt; ita tamen, ut neceſſe habeat unum hominem dare ex ſolido: nam ſi dederit Stichum, jam eſt in totum liberatus, & perinde eſt, ac ſi Stichus a principio fuiſſet promiſſus aut legatus; quia ſolutione ſpeciei extinguitur obligatio generis, *l.cum incertus, ff.de leg.1.d.13. §.ſi is, ff.de acceptilat.*

Cum vero pro ſolutione generis datur Stichus, Promiſſor, aut heres, eum furtis & noxiis ſolutum eſſe promittere debet: quia ita dare debet, ut eum habere liceat; quamvis e diverſo cavere non debet ſanum eſſe, quia ſanitas ſervi ad proprietatem ejus nihil pertinet. Aliud eſt, cum certus homo legatus, aut promiſſus eſt; quia talis dari debet,

Digitized by Google

qualis eſt, *l. ſi a ſubſtituto*, §. 1. *ff. de leg.* 1.

Quæres, cur partem Stichi ſolvendo, non liberor in parte. Reſpondet Paulus in *l. in executione*, §. *pro parte*, *ff. eod.* Nempe quia ſi parte Stichi præſtita, liberatio fieret pro parte, liceret mihi deinde partem Erotis pro alia parte ſolvere, & in totum liberari: atque ita in diverſis hominibus partium ſolutio fiet; & in una obligatione varia ſolutio contingeret, quod eſt abſurdum. Vel etiam quia qui debet genus, non eſt debitor partis, ſed numeri, ut diximus.

Hæc quæ diximus in Promiſſore, eadem locum habent in heredibus Promiſſoris, *d. l.* 2. §. *ex his*, *in princ. ff. eod.* Quamvis enim obligatio generis ſit dividua in numerum, & inde inter heredes Promiſſoris ex lege XII. Tabularum dividatur, ita ut quiſque heres pro parte tantum obligatus ſit, & Stipulator nequeat a quoque ipſorum niſi partem petere; tamen ſi in ſpecie noſtra unus ex heredibus partem Stichi ſolvat, alter partem Erotis, nemo liberatur; & ut liberatio contingat, neceſſe eſt, ut ejuſdem hominis partes conferant, & fiat ſolutio ſolidi. Et ita ex perſona heredum conditio obligationis non immutatur, ut habetur in *d. l.* 2. §. *ex his*.

Sunt tamen caſus, in quibus Promiſſor generis, vel ejus heredes ſolvendo partem hominis liberantur. Hi proponuntur in *d. l.* 2. §. *ſi tamen*, qui obſcure ſatis loquitur, ut in eo interpretando Vate opus ſit, ut *ibidem* Zaſius ait. Verba Pauli ſunt: *Si tamen hominem ſtipulatus, cum uno ex heredibus Promiſſoris egero, pars duntaxat ceterorum obligationi ſupererit, ut & ſolvi poteſt. Idemque eſt, & ſi uni ex heredibus accepto latum ſit. Idemque eſt in ipſo Promiſſore, & Fidejuſſoribus ejus, quod diximus in heredibus.*

Quod attinet ad primam partem, Bartolus opinatus eſt, agi de eo, qui contra unum ex heredibus Promiſſoris in judicio egit, petens partem hominis, & tamen cauſa cecidit: quo caſu pro parte heredis, qui abſolutus eſt, liberatio contingit; at reliquorum heredum partes remanent in obligatione. Bartolum ſequuntur *ibidem* Jaſon, Duarenus, Cujacius, Giphanius, Valentia hic *tract.* 4. *cap.* 5. *num.* 31.

Hanc interpretationem ab ipſo verborum contextu alienam eſſe, notat Alciatus 1. *parad.* 8. Nam Paulus ait *Egero*, non etiam *Succubuero*. Qui juſte agit, vincit. Et melius Accurſius interpretatur, *Egero, & partem accepero*; etenim ſi ſuccubui agens cum uno ex heredibus, cur deinde vinco agens cum ceteris? Itaque ſpecies hæc erit. Egi cum uno ex heredibus Promiſſoris, & petii ex ſtipulatione generis hominem. Condemnatus eſt heres, & partem Stichi ſolvit. In dubio erat, an heres iſte liberatus ſit. Videbatur negandum ex regula: Si unus ex heredibus ejus, qui genus promiſit, ſolvat Stichi partem, non liberatur, ſed vel condicit, vel in pendenti ſolutio eſt, ut jam dictum eſt. Contra tamen Paulus ait, hoc caſu heredem condemnatum liberari; quoniam ei, qui Juſſu Judicis

Digitized by Google

dicis ſolvit, pleniſſima contingit liberatio, *l.ſancimus, C.de admin.tut or.* Hinc, eo liberato, pars duntaxat ceterorum obligationi ſupererit; & ſolutio non eſt in pendenti.

Altera §.pars hanc ſpeciem habet ex Cujacio *ibidem*. Stipulator uni ex heredibus Debitoris generis accepto tulit partem dimidiam Stichi, heres pro parte liberatur, argumento ex *l.qui hominem, ff.de acceptilat.* Ratio eſt, quia hic verendum non eſt, ne in diverſis hominibus ſolutio fiat, ideoque pro parte liberatio contingit, & licebit coheredibus ſolvere vel alteram partem Stichi, vel partem Erotis.

Addit poſtremo Paulus, quæ dicta ſunt de heredibus Promiſſoris, obtinere etiam in Promiſſore ipſo: obtinere etiam in Fidejuſſoribus ejuſdem; quia licet in obligatione dividua teneantur pro parte ex Epiſtola D.Hadriani; tamen in individua ſinguli teneutur in ſolidum, Cujacius *loc.cit.*

De Alternis, ſeu Disjunctis.

ETſi obligatio Alterna oriatur ex particulis *Vel, Sive, Aut*; id tamen ſatis non eſt, ſed præterea exigitur, ut ſit de rebus, in quas cadit affectio, ut dubium ſit, quidnam Promiſſor electurus ſit. Nam ſi ſtipulatio concipiatur de quantitate, & tempore, non alterna eſt, ſed ſimplex. Et quidem in quantitate, id quod minus eſt ſponderi videtur; ut ſi ſtipulanti decem aut quinque, reſpondeam ſimpliciter, *Spondeo*, quinque ſola debentur. In tempore id, quod remotius eſt, accipimus; ut ſi quis ſtipuletur Kal.Jan. aut Febr. Ratio eſt, quia in ſummis, in diebus, non cadit affectio, & in his ignorari non poteſt, quidnam electurus ſit Promiſſor, id eſt, in quantitate id quod minus, in tempore id quod remotius. In rebus ceteris non ita eſt, & una altera charior eſſe poteſt: & ſæpe quod vilius eſt, nobis charius eſt, quam alterum quod plurimi eſt, *l.ſi ita ſtipulatus fuero, l.inter ſtipulantem, §.ſi ſtipulante, ff.eodem.*

Id ipſum eſt in dote, ut ſi mulier ita dotem promittat, *Decem aut quinque doti tibi erunt*, id quod minus eſt, intelligitur promiſſum, Gloſ. in *l.ſi pater, §.1. v.In dote ſit, ff.de jure dot.* per illum textum. Sequuntur Romanus, Alexander, Aretinus in *d.l.ſi ita ſtipulatus fuero*; quamvis *ibidem* repugnet Zaſius, cum Fulgoſio in *l.cum is, §.ſi mulier, ff.de condict.indeb.* & Baldo Novello *de privil.dotal.*

Eſt ergo obligatio vere alterna, ſi quis Stichum aut Pamphilum, vel ſi quis decem aut hominem Stipulanti promiſerit: & hæc obligationi generis æquiparatur, *l.2. §.& harum, l.in executione, §.pro parte, ff.eod.* Quare quæcumque hactenus de obligatione generis dicta ſunt, obtinent & in obligatione alterna.

Nam obligatio alterna per ſe dividua eſt; tamen ne in diverſis re-

rum

Digitized by Google

rum partibus ſolutio fiat, cenſetur obligatio ſolutione individua, quamvis petitione dividua remaneat; ut eſt in obligatione generis, *d. §.pro parte*.

Ex ſolutione alterutrius rei pro ſolido extinguitur obligatio alterna. Quod ſi pars unius rei ſoluta ſit; vel eſt in pendenti, donec altera pars præſtetur, quo caſu perit condictio; vel donec fiat alterius rei ſolutio, & tunc habet locum condictio, *d.l.ſi non ſortem, §.ſi decem, ff.de condict.indeb.*

Sic qui hominem aut decem ſtipulatus eſt, ſi quinque accepto tulerit, Debitor pro parte liberatur; quia non eſt periculum, ne una obligatio in diverſis rebus ſolvatur: quare Creditor petere quinque, aut partem hominis poterit, *l.qui hominem, ff.de acceptilat.* ut eſt in obligatione generis, *d.l.2.§.ſi tamen.*

Hæc quæ de ſtipulatione diximus, obtinent etiam in legato; nam legatum *illud aut illud* eſt individuum, *l.ſi illud, ff.de leg.2. l.cum illud, in princ. ff.quan. dies legat.cedat.*

Plura tamen obſtare videntur. I.*L.ſi quis ſervum,§.1.ff.de leg.2.*Nam ſi legavi Sempronio decem, aut ſi noluerit, legavi Stichum, duo legata eſſe dicuntur, quamvis uno tantum legatarius debeat eſſe contentus.

At recte *ibidem* Accurſius reſpondet, hunc eſſe caſum ſpecialem, ob illa verba, *Si noluerit*; nam Stichus peti non poteſt, antequam repudientur decem. Unde dies decem prius cedit, quam dies Stichi; id eſt prius eſt, ut repudientur decem, deinde ut petatur Stichus. Quod non eſt in legato *Illud aut illud* ſine verbis, *Si noluerit*; ubi licitum ſit legatario ſtatim eligere quod malit: propterea eodem ſimul tempore cedit dies utriuſque rei, & unum legatum eſt: illud vero plura. Prior pars eſt ſub conditione, poſterior pura. Quare vide *l.cum illud, in princ. ff.quand. dies legat. cedat.* Verum hic conditio, *Si noluerit*, non poteſt cadere in utramque partem legati: at illic conditio, *Si navis venerit*, poteſt.

II. Obſtare videtur *l.plane ubi, §.pen. ff.de leg.1.* Nam in hac ſpecie *Fundum Sejanum, aut uſumfructum ejus do lego,* duo dicuntur eſſe legata. Verum hic etiam caſus ſpecialis eſt, ut Cujacius in *l.ſi ex toto,§.ſi ita, ff.de leg.1.* notat. Scilicet ideo duo legata ſunt, quia uſusfructus bis legatus eſt; cum enim quis legat ſimpliciter fundum, videtur legaſſe plenum Jus, ſeu quidquid in fundo eſt, proprietatem & uſumfructum, *l.cum Mævius, §.fundo, l.cum filius, §.Dominus, ff.de leg.2.* Nam uſusfructus eſt veluti pars fundi, *l.qui uſumfructum, ff.eod. l.ſi alii fundum, ff.de uſufr. leg.* Dies fundi ſtatim cedit, dies uſusfructus ab adita hereditate, vide in *l.ſi uſusfructus, ff.quando dies legat. cedat.*

Ex eo quod legatum alternum individuum eſt, plura deducuntur notatu digna. I. Si ita legatum ſit, *Olei pondo quinquaginta, aut pro his in ſingulas libras tot nummos, utrum legatarius voluerit*, nequibit legatarius partem olei vindicare, & pro alia parte nummos petere; quia unum

in

Digitized by Google

in alterutra cauſa legatum eſt, *d.l.ſi ex toto,§.ſi ita*,& fieret ſolutio unius obligationis in rebus diverſis.

II. Si Teſtator partim leget pure,partim ſub conditione, individuum quoque legatum eſt, veluti, *Do lego Fundum Sempronianum, aut Fundum Cornelianum, ſi navis venerit*. Et quia legati unius individui dies pro parte cedere, & pro parte non cedere non poteſt, inde fit ut pendente conditione non concedatur electio, nec etiam fundi pure legati. Quod ſi legatarius interim moriatur, legatum non tranſmittitur, *d.l.cum illud, in princ. ff.quando dies legat.cedat*.

III. Si conditio evaneſcat vivo legatario, tunc quia totum legatum fit purum, moriente legatario, legatum tranſmittitur. Exemplum eſto: *Do lego Sejæ decem, aut ſi pepererit, do lego fundum*; ſi Seja, antequam pariat, deceſſerit, legatum tranſmittitur, tanquam purum. Ratio eſt,quia cum Seja moritur, certum eſt eam parere non poſſe. Evaneſcet ergo conditio per mortem Sejæ, & totum legatum fit purum, ut Azo ait in *l.ſi uſusfructus, in princ. ff.quando dies legat.cedat*, ex eo textu.

IV. Si uſusfructus aut decem legata ſint, utrum legatarius voluerit, & legatarius poſt obitum teſtatoris, ſed ante aditionem heredis decedat, dubitatum eſt, an legatum decem transferatur. Ratio dubitandi eſt, quia licet legati decem dies cedat a morte teſtatoris, tamen legati uſusfructus dies non cedit, niſi ab adita hereditate, ut etiam eſt in ceteris ſervitutibus perſonalibus, *l.ſi pure, l.ſi habitatio, ff.eit.tit. l.unic. §.in noviſſimo, C.de caduc.toll.* Propterea unio facit, ne dies quidem legati decem cedat. Reſpondit tamen Julianus in *d.l.ſi uſusfructus*, legatum per mortem lagatarii ante aditam hereditatem tranſmitti; ſcilicet quia per mortem legatarii uſusfructus amplius peti non poteſt; & eapropter totum legatum fit purum, & tranſmittitur in quantum ad decem. Ita etiam in conditionibus, ſi alternæ ſint, pro una habentur, *l.hac ſcriptura, ff.de condit. & demonſtr.*

Differentiæ inter obligationem Generis, & Alternam.

Quamquam in Jure noſtro hæ obligationes æquiparentur,id non per omnia intelligendum eſt; nihil enim tam ſimile, quod in aliquo diſſimile non ſit, *l.quod Nerva, ff.depoſ.* Sunt nonnullæ differentiæ, quas hic recenſere operæ pretium eſt.

I. Eſt, quia in obligatione alterna utrumque eſt in obligatione expreſſis Stipulantis aut Legantis verbis, licet alterum in ſolutione ſit. Id palam habetur ex *l.ſi duo, ff.eod.* ubi Paulus comparat obligationem duorum reorum obligationi alternæ, docetque non minus,quam ibi ſingulas perſonas, hic ſingulas res obligatione comprehendi. Verba ipſius ſunt:

Utra-

Vtraque res ad obligationem ponitur, non ad ſolutionem. Nec audiendus eſt Donellus *ibidem*, qui illud *Vtraque* intelligit non ſimul, ſed alterne; quod Linguæ Latinæ proprietas non patitur: ſtaret enim *Vtraque* pro *Alterutra*. Concordat textus in *l.illud aut illud, ff.de conſtit.pecun.l.cum hereditas, §.ult. ff.qui & a quibus, l.hominem, ff.de novat. l.Stichum in princ. ff.de ſolut.*

At vero in obligatione Generis veniunt quidem ſingulæ ſpecies, quæ in eo genere comprehenduntur; nam quiſquis genus dicit, quidquid ſub eo genere eſt, dicit, ut ex ipſa generis legalis definitione conſtat. Itaque qui hominem dicit, ſingulos homines, qui ſub eo genere ſunt, comprehendit, Cujacius in *l.in ſtipulationibus, ff.eod.* Tamen ſub obligatione generis non veniunt ſinguli homines expreſſis Stipulantis aut Legantis Verbis, ut colligitur ex *l.ſi a ſubſtituto, §.1. l.cum incertum, ff.de leg.*1. cum ſimilibus. Magis ergo afficit obligatio alterna ſuas ſpecies, quam genus ſuas.

Difficultatem facit quod habetur in *l.3. ff.qui & a quib. manum.lib. non fiant*, ibi: *Nam optione ſive electione ſervi data, quodammodo ſinguli ſub conditione legati videntur*. Quæ verba licet de legato optionis videantur pronunciata, ſunt tamen de legato generis intelligenda, ut conſtat ex initio legis, ubi habetur: *Si optio hominis data ſit, vel indiſtincte homo legatus ſit*: propterea quod in legato generis electio & optio etiam legatarii eſt, niſi teſtator in contrarium mandaverit, *§.ſi generaliter, Inſtit. de legatis*. Eo magis, quod illis verbis, *Nam optione, &c.* Cajus reddit rationem, cur facto tam legato optionis, quam generis, heres non poſſit, quoſdam ſervos vel omnes manumittendo, aut evertere, aut minuere Jus electionis; & ait, id factum eſſe, quia ſinguli quodammodo homines ſunt ſub conditione legati. Quocirca ubi electio eſt Debitoris, ut in contractibus, in obligatione generis manumiſſio aliquorum ex ſervis licita eſt, *l.Julianus, ff.eit.tit.*

Eſt tamen dicendum, ex hoc textu confirmari noſtram ſententiam; tantum abeſt, ut infirmetur: non enim negamus in genere comprehendi ſingulas ſpecies; neque hoc negari poteſt. Dicimus ſolum, non comprehendi expreſſis verbis, ut in obligatione alterna. Notandum interim cum Valentia *tract.4. cap.5. num.2.* illud *Quodammodo* non afficere ſingulos, ſed conditionem.

Eodem modo reſpondendum eſt ad textum in *l.Mævius, §.eadem, ff. de leg.2.* ibi: *Hominis enim legatum orationis compendio ſingulos homines continet.* Verum de hoc textu quid ſtatuendum ſit, infra latius.

Ex hac differentia fit, quod in ſtipulatione alterna, pacto convento de una re non petenda interpoſito, tota obligatio ſubmovetur. Exempli gratia: ſtipulatus ſum decem, aut Stichum, deinde de decem non petendis paciſcor; ſi mox agam, exceptio pacti in totum obſtabit, *l.ſi unus, §.ſed ſi ſtipulatus, ff.de pactis.* Sed ſi hominem generatim debeas, & paciſcar

ſcar ne Stichum petam,non prohibeor alium hominem petere, *d.l.ſi unus, §.ſed ſi generaliter.* Ratio pendet ex eo, quod in obligatione alterna utraque res promiſſa eſt in obligatione, at non ita in obligatione generis; Valentia *loc.cit. num.8. & ſeq.*

Eadem de cauſa fit, ut in obligatione alterna ſi heredem teſtator damnaverit, Stichum non petere,a tota obligatione liberatio Debitori legata intelligitur, *l.non ſolum, §.1. ff.de liber.leg.* At vero qui hominem legat, & Stichum adimit, non perimit legatum, ſed extenuat, *l.qui hominem, ff.de adim.legat.*

Non ita in acceptilatione; quippe acceptilatione Stichi omnis quæcunque obligatio, ſive generis, ſive alterna, nullo diſcrimine extinguitur, *d.l.ſi unus, §.ſed ſi ſtipulatus,d.l.non ſolum, §.1. l.& per jusjurandum, §.ſi is,ff.de acceptil.* Nempe quia acceptilatio imaginaria ſolutio eſt,*l.pen. ff.de ſolut.* Idque verum eſt, quando acceptilatio conſiſtit: Unde *ſi Stichum aut decem ſub conditione ſtipulatus, Stichum aut decem acceptum fecerit, & pendente conditione Stichus deceſſerit, decem in obligatione manebunt, perinde ac ſi ea acceptilatio interpoſita non fuiſſet*,ut ſunt verba Ulpiani in *d.l.& per jusjurandum, §.ſi Stichum.* Ratio eſt,quia Sticho ante conditionis eventum mortuo, ſtipulatio ex alterna fit ſimplex,quippe Stichus nunquam in obligatione fuit: proinde acceptilatio Stichi aut decem, quia eſt alterna, nullius momenti eſt: quippe acceptilatio alterna in obligatione ſimplici locum habere non poteſt. Et hæc eſt vera hujus rei ratio, non quam Accurſius *ibidem* retulit, & Doctores communiter amplectuntur.

Cum dicimus,in obligatione alterna ſpecies nominatim comprehendi, verum eſt, ſi obligatio alterna cum genere miſta non ſit; poteſt enim in obligatione alterna genus comprehendi, veluti ſi dictum ſit: *Promittis decem, aut hominem?* ut in *l.cum is, §.ult. ff.de cond.indeb.* de qua latius infra.

II. Differentia eſt: Si ſtipuler alternatim Stichum aut Pamphilum, & Stichus meus ſit, ſolus Pamphilus eſt in obligatione, Stichus nec in obligatione, nec in ſolutione; ut jam non alternata ſtipulatio eſſe intelligatur, ſed ſimplex: nec convaleſcit ſtipulatio Stichi, eo poſtea a me alienato, ut Regula Catoniana non in unis modo legatis, ſed & in ſtipulationibus locum habeat, *l.qui decem, §.Stichum, ff.de ſolut.* Quod ſi ambo alieni ſint, uterque eſt in obligatione: verum ſi Stichus poſtea meus fiat, in Sticho obligatio extinguitur, quia in eum caſum ſtipulatio recidit, a quo incipere non poterat, in Pamphilo manet, *l.ſi Stichum 16. ff.eod. l.non quocunque, §.ult. l.hujuſmodi, §.ſi Titio Stichus, ff.de leg.1.*

Sed cur hic non tota intercidit obligatio, cum amplius alterna non ſit, ut tota intercidit,ubi de una re non petenda pactum conventum eſt? Nempe quia hic recurritur ad initium,tanquam ſi ab initio Stichus fuiſſet meus: Regula enim ita concepta eſt: Extinguitur obligatio,ſi in eum

ctis; niſi forte alternatio in legato vindicationis appoſita ſit, erit enim electio legatarii, veluti *Titius fundum Sejanum, vel uſumfructum ejus ſibi habeto,* Titius vindicabit pro arbitrio ſuo utrum malit, *l.plane ubi, §.pen. ff. de leg.1.* In obligatione generis orta ex contractu id ipſum eſt, ut electio ſit Debitoris, niſi aliud conventum ſit, *l.qui ex pluribus, l.eum qui certarum, ff.eod.* At e diverſo in legato generis electio eſt legatarii, niſi aliud Teſtator dixerit, *§.ſi generaliter, Inſtit.de leg. l.2. ff.de opt.leg.*

Hæc Promiſſoris electio in alternis durat, quamdiu res utraque extat; nam ubi altera periit, electio extinguitur: *Ne ſit in arbitrio ejus, an debeat, dum non vult rem extantem præſtare, quam ſolam debet,* ut dicitur in *l.3. ff.de eo, quod certo loco;* nam in alternis, una re extincta, altera quæ ſupereſt, ſola remanet in obligatione, *l.Stichum cum §.1.ff.de ſolut.* Proinde utraque re ſoluta, ſi altera perierit, repetitio ceſſat, *l.cum is 32, in princ. ff.de cond.indeb.*

An poſt ſolutionem in Obligatione Alterna Variatio licita ſit.

Quæstio I.

SI legatus ſit Stichus, aut Pamphilus, per vindicationem, quo caſu electio eſt legatarii, & is per errorem facti vindicet Stichum, conſumta eſt optio, & variare non licet. Ita etiam ſi legatum ſit damnationis, ut electio heredis ſit, ſi per errorem Stichum dederit, eum repetere nequit, Celſus in *l.ſi cui,* alias, *ſi is cui 19. ff.de leg.2.* Ratio eſt, quia in legato vindicationis per optionem ipſo Jure legatario dominium acquiritur, quod nuda voluntate rurſus non amittitur.

In legato damnationis tunc heredi variatio non permittitur, cum jam ſolvit, id eſt, ubi jam legatario per traditionem ſibi factam dominium quæſitum eſt: proinde ei amplius repetendo auferri non poteſt, *l.quod noſtrum, ff.de reg. Jur.* Appoſite ergo Celſus in legato vindicationis de legatario dicit, *Stichum vindicaverit:* in legato damnationis de herede ait: *Stichum dederit;* in illo enim ſola vindicatio eſt ſatis, in iſto exigitur datio.

Hinc intelligimus Paulum in *l.ſervi 5. ff.de leg.1.* ubi *Servi electione legata, ſemel duntaxat optare poſſumus;* cum enim optionis legatum per vindicationem relinquatur, variatio non permittitur. Vide Accurſ. *ibid. v.poſſumus.*

Non conſumitur electio, ſi invalida eſt, ut ſi legato ſervo, legatarius ſervum alienum, vel liberum hominem elegerit: item ſi legatis amphoris, elegerit id acetum, quod vini nomine Paterfamilias non habuit,

l.2.ff.de opt.leg. Veteres enim quandoque acetum pro vino potabant, Perſius *ſat.*4. de homine deparco.

Pannoſam fæcem morientis ſorbet aceti.

Horatius 2. *ſerm. ſat.*3.

Acre potet acetum.

Sic etiam Romani milites & alii pauperes aceto potabantur, vide Caſaub. *ad Spartianum in Peſcennio*. Id ergo acetum ex deſtinatione Patrisfamilias pro vino eſt, ut intelligendus eſt etiam Ulpianus in *l.*1. *ff. de trit. vino, & ol.leg.* Quædam enim noſtra deſtinatione, non natura conſtituuntur, ut fundorum nomina, & domus, *l.quod in rerum* 24. *§.ſi quis, ff.de leg.*1. Imo deſtinatio in Jure noſtro rerum naturam immutat: ita quæ dos non eſt, pro dote habetur, ſi doti deſtinata ſit, ut in ſpecie *l.*3. *ff. de priv.cred. l.ſi ſponſa, ff.de Jur.dot.* Sic etiam Patrisfamilias deſtinatio facit, ut quæ in fundo ſunt, abeſſe credantur, *l.prædia* 27. *§.liberto*, ubi Rogerius, *ff.de fundo inſtr.* Et nummi, qui deſtinati ſunt Calendario, nomine Calendarii veniunt, *l.qui filium* 62. *ff.de leg.*3. Aliter tamen accipitur animi deſtinatio in ea Regula: *In totum omnia, quæ animi deſtinatione agenda ſunt, non niſi vera & certa ſcientia perfici poſſunt, l.in totum* 76. *ff.de reg.Jur.* ubi Petrus Faber.

Potabant etiam Romani poſcam, quæ ex aceto & aqua miſcebatur, eamque nonnulli publice vendebant, Sueton. in *Vitellio cap.*11. Et hæc ex deſtinatione Patrisfamilias in legato vini venire poteſt, *l.*9. *§.verſ.alioquin Sabinus, ff.de trit.vin. & ol.leg.* Hodie Meſſores in Apulia poſcam potant.

Eodem modo non conſumitur electio, ſi a minore 25. annis per errorem facta ſit; lex enim improvidæ ætati ſuccurrit, *l.ait Prætor* 7. *§.Pomponius*, alias *etſi ſine* 8. *ff. de minor.* Itaque ſi in optionis legato minor captus ſit, dum eligit deteriorem; vel ſi duas res promiſerit, illam aut illam, & pretioſiorem dederit, ei ſubveniri debet. Quæ ſunt Pomponii exempla.

Sed regulæ ſupradictæ obſtat Julianus in *l.cum is* 32. *§.ult.ff.de cond. indeb.* illis verbis: *Qui hominem in genere promiſit, ſimilis eſt ei, qui hominem aut decem debet; & ideo ſi cum exiſtimaret, ſe Stichum promiſiſſe, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.*

Varie ſe torquet Accurſius *ibidem* pro hac antinomia ſolvenda, & demum operam ludit. Nec enim quæ affert, tanti ſunt, ut refutari mereantur. Cujacius 8. *obſ.*35. Julianum de induſtria a Celſo diſſenſiſſe opinatur. Merillus 3. *obſ.*10. differentiam inter legatum, & ſtipulationem ſtatuit. Ait, in legato alterno, uno electo, optionem conſumi, ſecus in ſtipulatione alterna, ubi Debitor per errorem ſolvens optionem non conſumit. Eadem Merillus repetit ad *l.pen. C.de condict.indeb.* quæ eſt quinta ex 50. deciſionibus Juſtiniani. Sed ea, quæ dicit, non probat. Præterea hujus diſcriminis ratio erat reddenda, cur in ſtipulatione alterna optio

non

Digitized by Google

non conſumitur, in legato vero alterno conſumitur.

Pro ſolutione opus erat notare, a Juliano ſermonem haberi non de eo caſu, quo dixerim, *Stichum aut decem dabis?* ſed de hoc alio, *Hominem aut decem dabis?* Quæ duo longe diſtant; nam cum promiſſa eſt ſpecies, ſive Stichus, ſpecies ipſa in obligatione eſt, licet utrumque in ſolutione non ſit, *l. ſi duo, ff. eod. l. Stichum in princ. ff. de ſolut.* cum concordantibus: quare ubi Stichum ſolvi, nequeo eum condicere. Quæ enim condictio competet, niſi indebiti? At indebitus non eſt Stichus, ſi jam in obligatione eſt. Cum vero Hominem promiſi, in obligatione eſt genus; & in obligatione generis, licet comprehendantur ſingulæ ſpecies, tamen id non fit expreſſis Stipulatoris verbis, *l. ſi a ſubſtituto, §. 1. l. cum incertum, ff. de leg. 1.* Quia ergo Stichus expreſſe in obligatione non eſt, nil mirum, ſi per errorem ſolutus condici poterit. Quare & hic, ut alibi ſæpe in noſtro Jure, alia eſt vis taciti, alia expreſſi, *l. cum qui certarum, §. 1. ff. eodem.*

Eodem modo in legatis diſtinguendum eſt. Si enim legavi, *Stichum aut decem*, electione Stichi conſumitur electio, *d. l. ſi cui, ff. de leg. 2.* Non ita ſi dictum fuerit, *Hominem aut decem.* Hoc caſu cum alternatione miſtum eſt Genus. Quare ſi Stichum heres per errorem ſolvit, condicendi Jure non caret.

An ante ſolutionem in Alternis Variatio permiſſa ſit.

QUÆSTIO II.

Debitor ex ſtipulatione, qui illud aut illud promiſit, ante ſolutionem, quoties voluerit, mutare poteſt voluntatem: puta, ſi Stichum ſe velle ſolvere dixerit, nihilo minus Pamphilum ſolvere poterit, Venulejus in *d. l. cum qui certarum* 138. *ff. eod.* Ejus verba ſunt: *Cum pure ſtipulatus ſum, illud aut illud dari, licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod præſtaturus ſis; quia diverſa cauſa eſt voluntatis expreſſæ, & ejus quæ ineſt:* uſque ad quod tempus, vide Accurſium *ibidem.* Hic ſermo eſt de Debitore (cujus ſcilicet electio eſt) voluntatem mutante ante ſolutionem, ut patet ibi: *Mutare voluntatem in eo, quod præſtaturus ſis.* Poſtrema verba hoc ſibi volunt, licere mutare voluntatem, ſi tacita electio ſit: ſi enim fuerit expreſſa, ſermo Stipulatoris inſpiciendus eſt, ut *ibidem* Accurſius monet.

Et quidem Pomponius in *l. ſi quis ſtipulatus* 112. *ff. cit. tit.* docet, videndum eſſe, quo verbo Stipulatori electio ſit adſcripta; nam ſi ita ſtipulatus ſit, *Stichum aut Pamphilum, quem voluero*, cum ſemel elegerit, mutare voluntatem non poteſt. Quod ſi ita, *Quem volam*, donec judicium

di-

dictet (id eſt, uſque ad litem conteſtatam) mutandi poteſtatem habet. Nam verbum *Volam*, ut Pomponius ait, *tractum habet*, id eſt, ſignificat identidem, *Voluero* ſemel, Cujacius in *l.* 17. & *d.l.* 112. *ff. eod.* Eadem interpretatio locum habet in legibus. Quare Paulus verba illa Senatuſconſulti Tertulliani, *Si nemo filiorum volet hereditatem ſuſcipere*, docet eſſe extenſiva, & pœnitentiam admittere, ita ut filius, qui ſe nolle adire hereditatem matris dixerit, poſſit mutata voluntate adire, *l. filii 6. ff. ad Senatuſconſultum Tertull.*

Tanta tamen diſtinctio in legatis recepta non eſt, in quibus non diſtinguimus, quo verbo heredi vel legatario electio ſit adſcripta; nam etiamſi *Volet* dictum ſit, ſemel eligitur, nec variatio permittur. De legato damnationis, ubi electio eſt heredis, exemplum extat apud Julianum in *l. hujuſmodi 86. §. Stichum, ff. de leg.* 1. Teſtator ſcripſit: *Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato*; & nullo habito reſpectu ad verbum *Volet*, ſtatuitur, ſemel atque heres dixerit, utrum dare velit, mutare ſententiam non poſſe.

Ita etiam in vindicationis legato, ubi electio legatarii eſt, Labeo in *l. apud Aufidium 5. ff. de opt. leg.* ubi ita Teſtator legavit: *Veſtimenta, quæ volet, tricliniaria ſumito, ſibique habeto.* (Veſtes tricliniares ſunt molles & floridæ, quas Veteres cœnando in Tricliniis induebant, vide Bulengerum *de Conviviis lib. 1. cap. 35.*) Si legatarius dixit, quæ vellet, licet nondum ſumſerit, mutare voluntatem non poteſt. Et ea redditur ratio: *Quia omne Jus legati prima teſtatione, qua ſumere ſe dixiſſet, conſumſit. Quin etiam res continuo ejus ſit, ſimul ac dixerit, eam ſe ſumere.*

Ex quibus verbis capimus, cur diſtinctio inter verbum *Voluerit*, & *Volet*, in legatis recepta non ſit, ut in ſtipulationibus. Duas etenim rationes ex Aufidio affert Labeo; unam, quæ privatim ad legatum vindicationis pertinet, & eſt, quia ſtatim ac legatarius dixit, ſe eam rem ſumere, ſtatim inquam ejus rei dominium nanciſcitur. Quia enim in legato vindicationis regula eſt, ut dominium rei legatæ ſtatim a morte Teſtatoris recta via tranſeat in legatarium, *l. a Titio 66. ff. de furtis*; ubi hoc ex aliquo eventu, & impedimento, non accidit, veluti ſi legatum alternatum ſit, viſum eſt Juriſconſultis, cum primum fieri poteſt, ſtatim ac impedimentum ceſſat, legatario dominium adſcribere, ut quo minus poſſit, a regula recedatur. Itaque ſtatim ac legatarius in legato alterno elegit, ei dominium Juris cenſura quæſitum ſtatuerunt. Altera Aufidii ratio generalis eſt, & omnia quæcunque legata, etiam damnationis, reſpicit. Ait, prima teſtatione omne Jus legati conſumi. Quid ita? Cur id ipſum in ſtipulationibus non eſt? Cur in iſtis *Volet* eſt extenſivum, in legatis non item? Certe hæc Aufidii ratio, niſi rationis ratio reddatur, nulla eſt.

Subibat mentem, in ſtipulationibus ſtrictius verba interpretari, ut quæ ſunt Verborum obligationes, Verborumque conceptiones: largius ve-

Digitized by Google

vero in legatis, in quibus ſæpiſſime verba referuntur ad mentem & voluntatem legatoris; ſunt enim legata ultimæ voluntates. Teſtator autem, ſive *Volet* dixerit, ſive *Voluerit*, videtur ſolam optionem dediſſe, non etiam mutationem, aut variationem.

Quod ſi Teſtator ſimpliciter ſine verbo *Volet* leget illud, aut illud, variatio permittitur, quoad legatarius vindicaverit, vel heres dederit; nam variatio tunc prohibetur ſolum, ubi vindicatio vel datio ſequuta eſt, *d.l. ſi cui* 19.*ff.de leg.*2. Quod mirum eſt, nam verbum *Volet* expreſſum mutationem voluntatis prohibet; eandem permittit, ubi expreſſum non eſt. Ita expreſſio ejus, quod tacite ineſt, arbitrium minuit, ut dicebat Cujacius ad *d.l.*112. Non diſſimiliter in ſtipulatione Illud, aut Illud, licitum eſt voluntatem mutare, ut diximus ex *l.eum qui certarum*, §.1. *ff.eodem.*

Ratio in obſcuro eſt. Putem pendere ex eo, quia jam legatum alternum, aut ſtipulatio alterna, ſui natura variationem continet. Si verbum *Volo* additur, ne nihil operetur, ne fruſtra appoſitum cenſeatur, eam variationem minuet. Alia cauſa in heredis inſtitutione eſt; nam in verbis his, *Publius Mævius, ſi volet, heres eſto*, illud *Si volet* in extraneo & voluntario herede fruſtra intelligitur appoſitum, quia ſi illud abſit, non ideo invitus efficitur heres: in neceſſario conditionem facit, ut ſi nolit, heres non exiſtat, *l.verba* 12.*ff.de condit.inſtit.l.Cornelius* 69. *ff.de hered.inſtit.*

De eo, qui illud aut illud debet, & utrumque ſolvit.

QUÆSTIO III.

QUi promittit illud aut illud, puta Stichum, aut decem, poteſt unum ſolvendo liberari, *l.ſi unus*, §.*ſed ſi*, *ff.de pactis*; ſed cum putaret ſe ad utrumque teneri, per errorem utrumque Stipulatori ſolvit. Certatum eſt inter Juriſconſultos, cui electio danda ſit; utrum Promiſſori, qui quod vellet, condiceret; an potius Stipulatori, qui quod vellet, redderet. Et vexata quæſtio eſt diu multumque inter Sabinianos & Proculianos, donec eam decidit Juſtinianus in *l.pen. C.de cond.indeb.* quæ inter 50. Juſtiniani deciſiones quinta eſt. Sabiniani itaque, inter quos Julianus & Papinianus, contendebant, electionem eſſe Promiſſoris, quod vellet, condicere. Cur ita? Nempe quia in alternis promiſſionibus electio eſt Debitoris, *l.adigere*, *ff.de Jurepatr.* Ergo ejus quoque debet eſſe electio in repetendo, cujus antea fuerat in ſolvendo. Proculiani cum Ulpiano, Marcello, & Celſo, contra dicebant, electionem eſſe Stipulatoris, quod vellet, reddere, eaque ipſa ratione utebantur, nempe: In alternis promiſſionibus electio eſt Debitoris; ſed Stipulator, cui utrumque ſolutum

tum fuit, ex Creditore factus eſt Debitor; quare ipſe eliget, ipſe reddet utrum velit. Quod argumenti genus Græci ἀντιςρέφον dicunt, Latine reciprocum dici poſſet, Gellius 5.*noct.Att.*10.

Verum quia Proculianorum ratio nimiæ ſubtilitatis vitio non caruit, placuit Juſtiniano cum Sabinianis ſentire, ut Promiſſor poſſet condicere quod vellet, *d.l.pen.* ubi Merillus, & Cujacius 8.*obſ.*35. Et mirari ſubdunt de oſcitantia Triboniani, qui Juſtinianeæ deciſionis immemor, ſententiam Proculianorum in Pandectis inſeruit in *l.ſi non ſortem* 26. *§.pen. ff.de cond. indeb.* ubi Ulpianus ſequutus Celſum, & Marcellum, quorum teſtimoniis utitur, ſtatuit, utroque ſimul ſoluto, Stipulatori retinendi, quod vellet, arbitrium dari. E contrario Juliani ſententiam Tribonianus nobis reliquit in *l.cum is* 32. *in princ. ff.cit.tit.* ubi repetitio tribuitur Debitori, qui utrumque ſolvit, etſi nihil repetat, ſi alterutrum in rerum natura eſſe deſierit: id enim remanet in ſoluto, quod ſupereſt. Quippe ſi de rebus ſub disjunctione debitis altera periit, electio ceſſat, *l.3. ff.de eo, quod certo loco, l.Stichum, ff.de ſolut.*

De Individuis Petitione, Solutione Individuis.

Caput V.

HÆc ſunt, quæ inter Stipulatoris heredes dividuntur, ſi agant ad id, quod intereſt, non ad factum. Ipſi autem Promiſſori, aut heredibus ejus, non eſt conceſſa cuſtodia, reſtitutio, defenſio in partem. In hoc genere ſunt Stipulatio Duplæ, *d.l.in executione, §.in ſolidum.* Cui in *l.4. §.fin. ff.eod.* ſimiles dicuntur Stipulatio Fructuaria, Damni infecti, & ex Operis novi nunciatione. His additur pœna in obligationibus dandi Speciei adjecta, *d.l.in executione, §.item ſi*; vel addita Quantitati, *l.5. §.ſi ſortem*. Et tandem in eodem numero eſt Stipulatio Iter fieri, *d.l.4. §.Cato*, ut Cujacius monet in *d.l.in executione*. De nonnullis actum eſt ſupra; de reliquis ſuo ordine dicamus.

Stipulatio Duplæ.

EX Edicto Ædilitio Emtores ſtipulantur de Dupla, nempe ſi fundus, exempli gratia, aut fundi pars evicta fuerit ab alio, qui ſe Dominum dicat, vel Creditorem ſub pignore, ut Venditor ad duplum ejus, quanti emtus fundus eſt, aut emta pars ejus, teneatur. Unde in Digeſtis titulus eſt, *De Evictionibus, & Duplæ Stipulatione*. Ejus hanc eſſe formulam docet Cujacius *tract.6. ad African.* in *l.24. ff.de eviction. Mihi, heredique meo, cum hominem, quem a te emi, habere recte licere, nec evinci*

ci eum hominem mihi, heredique meo, partemve ejus. Et ſi is homo a me heredeve meo petetur, tum de ea re agenda adeſſe, & eam rem recte defendere, ut denunciatum tibi erit: aut ſi ita factum non erit, quanti ea res erit, duplum præſtari, dolumque malum abeſſe, abſuturumque eſſe. Hac ſpondeſne? Hac ſtipulatione omiſſa, Emtor re evicta aget contra Venditorem tantum ad Simplum, & in id quod intereſt, actione ex emto, quæ bonæ fidei eſt, *l.ſi in venditione, ff.cit.tit.* At Duplæ ſtipulatione interpoſita, aget ad Duplum actione ex ſtipulatu, quæ ſtricti Juris eſt.

Præterea toto fundo evicto, æſtimatur quanti eſt tempore evictionis, ſi ſcilicet agatur ex emto; cum enim ſit bonæ fidei actio, congruit illud a Venditore Emtori refici, quod vere Emtoris intereſt, *l.evicta re, ff.cit.tit.* Sed ſi ex ſtipulatione agatur, res æſtimari debet, quanti fuit tempore contractus initi, *l.ex mille §.1.* ubi Gl. *v.evictionis, ff.cit.tit.* De Franchis *dec.297.* Meſa 2. *var.32. num.21. & ſequ.*

Quod ſi pro parte evincatur, attendendum eſt, utrum pro diviſo, an pro indiviſo evictio fiat. Si pro indiviſo, totus fundus eſt æſtimandus, ita ut Emtor regreſſum ad Venditorem habeat pro quantitate rei evictæ. Puta, emi fundum centum jugerum mille nummis, ubi evicta eſt quinta pars, id eſt jugera 20. agam ad evictionem in nummos ducentum. Si pro diviſo, agam de evictione, bonitate loci evicti inſpecta, *l.1.* & *d.l.ex mille, §.ceterum.*

Hæc evictio tria continet; unum ex parte Emtoris, duo ex parte Venditoris. Emtor neceſſe habet, ut laudet Actorem, id eſt, Venditori denunciet ſibi litem motam eſſe, & a quo, *l.emtor, C.de evict.* Venditor laudatus tenetur Emtorem in judicio defendere, ne res evincatur. Itaque ſi Venditor defugiat auctoritatem, id eſt, non ſuſcipiat defenſionem litis, vel ſuſcipiat quidem, ſed tamen res evincatur, tum committitur Stipulatio Duplæ.

His poſitis, videamus quomodo petatur in ſolidum, ſolvatur pro parte. Finge, Auctor ſeu Venditor, qui duplum promiſit ob evictionem, plures heredes reliquit. Emtor, cui lis mota eſt, denunciabit omnes heredes Auctoris, ut quiſque non pro parte hereditaria, ſed in ſolidum defenſionem ſuſcipiat; eſt enim defenſio factum individuum, & præſtari niſi in ſolidum non poteſt. Quocirca ſi unus ex heredibus defenſionem defugiat, omnes defugiſſe videntur, licet ceteri ad defendendum promti ſint. Unde fit, ut heredes ob culpam unius, omnes teneantur ad pœnam duplæ: quam tamen pœnam non ſolvent in ſolidum, ſed quiſque pro ea parte, pro qua heres eſt, *d.l.in executione, §.in ſolidum, l.cum ex cauſa, ff.eod. l.ſi rem quæ, §.1. ff.de evict.*

Finge etiam, Stipulator Duplæ, id eſt, Emtor decedit, pluribus relictis heredibus, quia actio ad duplam ratione quantitatis, quæ petitur, dividua eſt, ideo inter heredes Emtoris ex lege XII. Tabularum diviſa etiam eſt. Quocirca re evicta ſinguli heredes non in ſolidum, ſed quiſque ob

evictionem ſuæ partis, actionem habent. Uni parte ſua evicta, is ſolus habet actionem, quoniam ejus tantum intereſt, *l.4. §.fin. ff.eod.* ubi id in Stipulatore *Utilitatis cauſa* receptum eſſe dicitur, id eſt, quia agitur ad id, quod intereſt, quod *Utilitas* dicitur ſæpiſſime, ut Cujacius ibi exponit. Agent ergo heredes Stipulatoris ad duplam pro parte hereditaria, ad defenſionem in ſolidum.

Quod ſi omnibus denunciatis heredibus Venditoris, unus tantum liti ſubſiſtat, & defenſionem ipſe in ſolidum ſuſcipiat, omnibus vincit, aut vincitur, id eſt ceteris etiam heredibus, qui in Judicium non venerunt: & aut nullus ad duplam tenetur, ſi vincat; aut omnes tenentur, ſi victus ſit, ut communiter explicatur textus in *d.l.ſi rem quæ, §.1.*

Cautio Fructuaria.

HÆc cautio, quæ Juſſu Prætoris a Fructuario præſtatur Proprietario, duas continet cauſas ſeu clauſulas. Prior eſt, Uſurum fruiturumque ſe boni viri arbitratu. Poſterior eſt, Cum uſusfructus ad eum pertinere deſinet, reſtituturum quod inde extabit, *l.1. in princ.* & *§.fin. ff.Uſusfruct.quemadm.cav.* In hac Stipulatione ineſt etiam cuſtodia, & doli præſtatio, *l.2. & 5. ff.cit.tit.* Ineſt etiam refectio, *l.damni 18. §.ei, ff.de damno infecto*; & non modo Prætoria eſt, ſed ad Quanti ea res eſt, *d.l.1. §.recte, cum ſequ.*

Ex his omnibus colligere licet, Stipulationem Fructuariam eſſe individuam petitione, dividuam ſolutione. Nam ſi agam, ut Fructuarius rei curam ſuſcipiat, uſucapionem interpellet, cuſtodiam præſtet, ædes vitioſas reficiat, in ſolidum agam; tum quia cuſtodiæ, & refectionis factum eſt individuum, non aliter quam defenſionis; tum etiam quia ex clauſula boni viri arbitratu nunquam videtur res cuſtodita, niſi in ſolidum cuſtodiatur, argumento ex *l.ex clauſula, ff.judic.ſolvi,* illis verbis: *Non enim videbitur defenſa res boni viri arbitratu, quæ non in ſolidum defenſa ſit.* Quam etiam vim præſtat clauſula doli mali, *l.4. in princ. ff.eodem.*

Et ita eſt individua petitione. Verum quia ob curam non ſuſceptam, vel ob abuſum, Fructuarius, ejuſque heredes, non tenentur, niſi ad Quanti ea res erit; propterea Cautio hæc eſt ſolutione dividua, ex regula *l.2. §.incertam, ff.de Prætor.ſtipul.* ubi Stipulatio Prætoria ad Quanti ea res eſt, dividua ſtatuitur.

Verum ſi agatur de re poſt uſumfructum finitum reſtituenda, erit hæc Cautio etiam ſolutione individua. Nam ſi heredes Stipulatoris agant pro parte hereditaria, ut fundus reſtituatur, certe nec Promiſſor, nec ejus heredes liberantur, niſi toto fundo reſtituto, ut ſunt verba Zaſii in *d.l.4. §.ult. num.8. ff.eod.* Ratio eſt, quia Stipulatio Rem reſtitui, ubi de ſpecie reſtituenda agitur, eſt individua, *l.ſi duo, §.quod ſi lancem, ff.depoſ.* ibi:

Digitized by Google

ibi : *Et niſi pro ſolido res non poteſt reſtitui*, & nos diximus ſupra. Aliud tamen eſt de uſufructu pecorum.

Stipulatio Damni Infecti.

JUſſu Prætoris a Domino vitioſarum ædium exigitur cautio Damni infecti, quæ ita ferme concipitur: *Quod vitio ædium, loci, operiſve, ſi quid ibi ruet, ſcindetur, fodietur, ædificabitur, damnum datum ſit, Quanti ea res erit, tantum dari? l.ſi procurator, ff.rem rat.hab. l.in hac ſtipulatione, l.fluminum, §.ult. ff.de dam.inf.* Adjicitur etiam heredum nomen, vel ſucceſſorum, eorumque ad quos ea res pertinet, *d.l.fluminum, §.adjicitur*.

Hæc Cautio, quia Prætoria eſt, & ad Quanti ea res eſt, Dividuis accenſetur, *d.l.2. §.incertam, ff.de Prator.ſtip.* Ergo ſi Stipulator obeat, pluribus relictis heredibus, & damnum datum ſit, quiſque heredum ad id, quod intereſt, pro parte hereditaria aget, *l.4. §.ult. ff.eod.*

Verum non ſemper ita eſt; quandoque enim non agitur ad id,quod intereſt,ſed ut opus reſtituatur. Nam ſi qui damni infecti cavit, parietem communem ſit demolitus,qui ſatis aptus oneribus ferendis erat, agam ut reſtituat eum ſuo ſumtu, *l.nam ſi non, ff.de dam.inf.* Quo caſu Stipulatio erit individua, nam reſtitui opus pro parte non poteſt, *d.l.4. §.ult.* Individua etiam eſt, ſi Stipulator non agat ad id, quod intereſt, ſed ut ædes ruinoſæ deſtruantur: quod notat Zaſius in *d.l.4. §.ult. num.9.*

Hinc intelligimus, cur Stipulatio Damni infecti aliquando comparetur Stipulationi de rato, *d.l.ſi procurator*; nempe quia utraque dividua eſt: cur vero aliquando comparetur Stipulationi de Dupla, *d.l.4. §.ult.* nempe quia ut illa, cum agitur de defenſione, eſt individua, ita hæc, cum agitur de opere extruendo, vel deſtruendo; quamvis reſpectu ejus, quod intereſt, utraque dividua ſit. Quare non ſunt audiendi Duarenus, Cujacius, & Giphanius in *d.§.ult.* qui Cautionem fructuariam & Damni infecti ſemper dividuam eſſe cenſuerunt.

De Operis novi Nunciatione.

QUoties Vicinus dicit, Jus ſibi eſſe, prohibere Vicinum, ne opus novum invito ſe faciat, tunc ei a Vicino ſatiſdatur de opere reſtituendo, ideſt, demoliendo, boni viri arbitratu, ſi contra eum judicatum fuerit. Quod ſi ita opus reſtitutum non erit, de danda tanta pecunia, quanti ea res erit, ſi hoc Nuncianti placuerit, *l.ſtipulatio, §.ſive autem, ff. de novi op. nunciat.* Id autem intelligitur non ſolum de opere jam extructo tempore denunciationis, ſed etiam de eo, quod

poſt extructionem, *d.l.ſtipulatio*, *§.ſi quis autem*. Hinc ſi Promiſſoris heredes conveniantur in id, quod intereſt, ſinguli tenentur pro parte; ſi vero ad opus ipſum demoliendum, reſtituere ſinguli in ſolidum tenentur, *l.2. in princ. ff.de Prætor. ſtipul. d.l.ſtipulatio*, *§. quæſitum*. Pariter heredes Stipulatoris pro parte habent actionem in id, quod intereſt; in ſolidum ad reſtitutionem operis: quia ut inſtitutio operis pro parte fieri non poteſt, *l.ſtipulationes non dividuntur*, *in princ. ff.eod.* ita nec reſtitutio, *d.§.quæſitum*: quare utroque caſu opus eſt individuum. Vide ſupra in I. Propoſitione Catonis, ad *l.de pupillo*, *§.ſi plurium*, *ff.de oper. novi nunciat.*

Et hoc eſt, quod dicitur in *d.l.4. §.ult. Ipſi autem Promiſſori pro parte neque reſtitutio, neque defenſio contingere poteſt*; id eſt ex parte Promiſſoris, tam ſi ipſe conveniatur, quam heredes ejus, pro parte contingere non poteſt neque reſtitutio in novi operis nunciatione, neque defenſio in cauſa evictionis, ut *ibidem* Cujacius explicat.

De Rebus Unis.

CAPUT VI.

Hic ſolliciti non ſumus, utrum res individua ſit, an in partes queat ſcindi; ſed attendimus ſolum, ſitne una, an multiplex. Quæ tractatio & utilitatem habet, & adeo affinis eſt ei, quæ de Individuis inſtituitur, ut plurimi ſint, qui unam ab alia diſcernere non valeant: habent tamen manifeſtum diſcrimen. Una eſt res, quæ in plures tales non dividitur. Vidit hoc D.Cyprianus *epiſt.52. Epiſcopatus unus eſt, cujus a ſingulis in ſolidum pars tenetur*. Individua, quæ in plures partes dividi nequit. Quod ut pateat, ſit.

De Re Una ratione materiæ deductæ.

Tot ſunt Stipulationes, quot ſunt ſpecies vel ſummæ conjunctim & nominatim in ſtipulationem deductæ, veluti *Stichum & Pamphilum dari*, duæ ſtipulationes ſunt; item *decem & quinque*, vel *ſortem & uſuras dari*, duæ ſunt ſtipulationes, *l.1. §.ſed ſi mihi*, *l.ſcire debemus*, *l.ubi autem*, *§.pen.ff.eod.* Ita quoque ſi plures ſint qualitates, ut emit quis ſervum, & ſtipulatus eſt ſanum eſſe, fugitivum non eſſe, duplex ſtipulatio eſt, *l.quia dicitur*, *ff.de evictiion.*

Obſtat tamen, quia hic una eſt verborum conceptio: *Promittis equum & hominem?* At una verborum conceptio unam facit ſtipulationem

Digitized by Google

nem. Quare Juſtinianus in *§.quoties, Inſtit.de inutil.ſtipul.* ait, plures res una ſtipulatione comprehendi. Dicendum tamen eſt, unam eſſe verborum Conceptionem facto, vi tamen, & poteſtate multiplicari, ob rerum multitudinem,tamquam ſi in ſingulis rebus eſſet repetita.

Hinc I. fit, ut Stipulator ſæpius ex ſtipulatione agere poſſit; primo, exempli gratia,quanto minoris propter fugam ſervi, deinde etiam quanto minoris propter morbum. Finge, emi ſervum decem, minoris emturus duobus, ſi fugitivum eſſe ſciſſem. Hæc conſequutus propter fugam,mox comperi non eſſe ſanum; ſimiliter duobus minoris emturus, ſi de morbo non ignoraſſem. Rurſus conſequi debebo duo,& ſervi pretium erunt ſex. Quod ſi una ſtipulatio eſſet, ſemel, non amplius eſſet agendum, *d.l.quia dicitur, ff.de evict.*

II. Si plures ſpecies, vel ſummas in ſtipulationem deducam, & una ſpecies vel ſumma fuerit promiſſa, veluti, *Stichum & Pamphilum dabis? Dabo Stichum*, hic ex duabus ſtipulationibus, una eſt utilis, in qua Stichus eſt promiſſus, altera Inutilis: nec vitiatur Utilis pro Inutili, *d.l.1. §.ſed ſi mihi.* Quod ſi una ſtipulatio eſſet, in totum rueret, quia reſponſio cum interrogatione non congruit.

Idipſum eſt in legatis. Nam tot ſunt legata, quot res. Unius rei unum eſt legatum, *l.ſi ex toto 8. §.ſi ita, ff.de legatis 1.* Quare ſi Teſtator dicat *Stichum & Pamphilum do lego*, non unum, ſed plura ſunt legata, quia nominatim plures res exprimuntur, *l.quoties, ff.de legatis 2.*

Hoc ſcire intereſt. Primo,quia unum legatum pro parte acquiri,pro parte repudiari a legatario non poteſt; licet aliud ſit in legatarii heredibus, quorum unus partem ſuam acquirere poteſt, alter ſuam repudiare, *l.Legatarius 38.in princ. ff.de legatis 1.* At ſi plura legata relicta ſint, poteſt ipſe legatarius unum petere, alterum rejicere, *l.neminem 4.ff.de legatis 2.*

Secundo, unius legati dies, pro parte cedere,& pro parte non cedere non poteſt: ſed pluribus factis legatis, unius dies poteſt cedere. Ex qua Ceſſione ſequitur Tranſmiſſio, veluti ſi unum legatum ſit purum,alterum conditionale; nam pendente Conditione dies puri cedit, *l.cum illud 25. in princ. ff.quando dies legatorum cedat.*

Tertio, ex legato uno ſemel tantum agere poſſum, ſed ex non uno ſæpius, *argum. ex d.l.quia dicitur.*

Idipſum quoque eſt in Compromiſſo,& Arbitrio. Quippe ſi in Compromiſſum plures res deducerentur, plura quoque Compromiſſa eſſent; & ſi ab uno articulo recederetur, remaneret Compromiſſum in altero, Bartolus in *l.de rebus*, & in *l.quod tamen, ff.de Arbitris.* Ita quoque ſi arbitrium vel ſententia Judicis plura complecteretur capita ſeparata, plura ſunt arbitria, plures ſententiæ, Baldus in *l.edita, C.de edendo.*

Unde fit I. quod licet ſententia pro parte recipi non poſſit, argumento ex *l.duobus, ff.de liberali cauſa*, & ex *l.5. §.ult. ff.eodem*; id tamen

ve-

verum eſt, ubi plura ſeparatim capita ſententia non complectitur; quæ tunc non una, ſed plures ſententiæ eſſent, & diceretur una ſententia recepta, altera rejecta, Baldus *loc.cit. col.*14. Quocirca minor reſtitutionem in integrum petere poteſt in quantum ad unum caput, licet non petat in quantum ad alterum, Gloſſa, & Bartolus in *l.etiam, §.ea cauſa, ff.de minoribus*, per illum Textum; & Judex appellationis ſententiam in uno capite comprobare, in altero reprobare poteſt, *l.quædam, ff.familiæ erciſcundæ, l.ult. ff.de Jurepatronatus.*

II. Etſi alicubi a ſententia non niſi ſemel appellari poſſit, tamen quoties plura capita in ea ſunt, ſæpius licita eſt appellatio, ab unoquoque capite ſemel, ut Paulus de Caſtro ſe obtinuiſſe refert apud Zaſium in *d.l. ſcire debemus num.*6.

Illud meminiſſe oportet, a Juriſconſultis tria Corporum genera diſtingui ex *l.rerum mixtura* 30. *ff.de uſucapionibus*. Primum dicitur. Continuum, eorum ſcilicet, quæ uno ſpiritu conſtare dicuntur, ut homo, equus, tignum, lapis, & ſimilia. Secundum dicitur Concretum, quod conſtat ex partibus inter ſe cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium. Ultimum genus Corporum eſt dejunctum, conſtans ex diſtantibus partibus, ut Grex, Inſtrumentum fundi, ſupellex. Quamvis enim Grex, verbi gratia, ex pluribus capitibus conſtet, deſtinatione tamen Patrisfamilias pro uno Corpore habetur, & poſſidetur. Idem tradit Seneca 5. *epiſt.*103.

Quocirca ſtipulatio Corporis dejuncti unica ſtipulatio eſt, non multiplex. Sum ſtipulatus a te acervum nummorum, una ſtipulatio eſt, *d.l.ſcire debemus*. Cur ita? Juriſconſultus *ibidem* ait, quia abſurdum eſſet, multiplicare hanc ſtipulationem in tot, quot nummi ſunt. Hanc rationem Zaſius *ibidem num.*9. frigidam vocat, nec tamen melior eſt ea, quam ipſe præſtat. In promtu erat dicere, acervum nummorum deſtinatione Patrisfamilias pro uno Corpore cenſeri. Ita ſimiliter legatum gregis unicum eſt, *d.l.quoties, l.Grege, ff.de leg.*2.

Et hinc dependet ratio Textus in *d.l.ſi ex toto, §.ſi ita, ff.de leg.*1. ubi octo Lecticariorum legatum unum eſt, nempe quia deſtinatione Patrisfamilias pro uno Corpore poſſidentur; nam ut recte Cujacius notat, olim ad lecticam ſplendidiorem comparabantur plerumque octo homines, Teſte Martiale:

Octo Syris, ſuffulta datur lectica Puellæ.

& Lecticarii ſunt, qui lecticam geſtant, non qui lecticam faciunt, ut falſo interpretatur Accurſius.

Objicies ex *l.ſi Chorus in princ. ff.de leg.*3. ubi ſi Chorus Comædorum legetur, perinde eſt, quaſi ſinguli homines legati ſint. Idem eſt, ſi legetur familia, quæ ex tribus conſtat: & ſi cui optio ſervorum legata ſit, tres poteſt eligere, *l.*1. *ff.de optione legata.*

Reſponſum tamen velim, dici ſingulos homines legatos non ad multiplicanda legata, ſed reſpectu effectus, qui eſt, ut omnibus de Choro, ſeu

ſeu de familia mortuis, præter unum, ille unus peti poſſit, quamvis Chorus, & Familia deſiiſſet eſſe, quaſi ille unus fuiſſet legatus, *l.ſi Grege, ff. leg.*1. Si tamen duo, aut omnes ſuperſint, legatarius nequit unum eligere, alterum repudiare, *l.4. cum duabus ſeqq. ff.de leg.*2. quod certe liceret, ſi plura eſſent legata, ut diximus.

Hinc etiam pendet ratio, Cur ſtipulatio legatorum una ſit, quamvis plura ſint legata. Teſtator mihi legavit equos, arma, veſtes: Ego ſtipulor ab herede, *Quidquid mihi ex Cauſa legati debes, dare promittis?* una ſtipulatio eſt, *d.l.ſcire debemus, §.ſtipulationem*; nempe quia ſingula legata non exprimuntur, ſed veniunt tanquam unum propter ſignum univerſale, *Quidquid*, Accurſius *ibidem* communiter receptus. An quia dictum fuit *Legati* numero ſingulari, videtur Stipulator plura corpora, ſeu plura legata, pro uno habuiſſe? Itaque ex deſtinatione hoc fit, quæ indicatio deeſt in *l.pluribus rebus, in princ. ff.eod.*

Non ita eſt, ſi pluribus rebus nominatim pactis, generalis ſtipulatio ſubjiciatur; habetur enim ſtipulatio pro multiplici. Exempli gratia, pluribus rebus præpoſitis, ſtipulatio ita facta eſt: *Ea omnia, quæ ſupra ſcripta ſunt, dari?* tot ſtipulationes ſunt, quot res, *l.Titia* 134. *§.ult.l.pluribus rebus* 140. *in princ. ff.eodem*. Hic enim licet ſingulæ res non exprimantur a Contrahentibus, fuere tamen ab iiſdem paciſcendo expreſſæ, quorum pactorum adſtringendorum cauſa facta eſt ſtipulatio, Cujacius in *d.l.ſcire debemus*.

Ceterum quamvis pro legato conſequendo plures actiones proditæ ſint, reivindicatio, hypotecaria, condictio ex teſtamento; tamen quia legatum eſt unum, inde legatarius pluribus ſimul actionibus uti non poteſt, ſed una electa, ceteræ tolluntur. Quæ ratio redditur in *l.cum filius* 78. *§.variis, ff.de leg.*2.

De Re una in diſtributione temporum.

STipulatio annua una eſt in omnibus annis, quamvis multæ præſtationes ſint, quarum quælibet in principio anni cujuſcunque facienda eſt. Id tamen verum eſt de ſtipulatione annua incerta, & perpetua, Pomponius in *l.ſi Stichum* 16.*§.*1. *ff.eodem*. Quippe hæc ſtipulatio, *Promittis mihi annua decem, vel quotannis, vel in ſingulos annos*, una eſt, & perpetua, quia tranſit ad heredes, ex *l.Veteres, C.de contrahenda ſtipulatione*: & ideo eſt incerta, quia ſumma pecuniarum, quæ in omnibus annis ſolventur, ignoratur. Et ita non ſunt contraria perpetuum, & incertum, ut putabat Baldus in *d.l.*16. qui propterea temere Pomponium beſtiam appellat; quippe hæc duo non accipiuntur utrumque de tempore, quo caſu eſſent contraria, ſed unum de tempore, alterum de quantitate, ſeu ſumma.

Ex

Ex his multæ Juris noſtri leges facile explicantur; & in *l.penultima*, §.1. *ff. eodem*, habetur ſtipulationem annua, bima, trima die dividi in tres ſtipulationes, quot ſunt ſummæ. Hæc ſtipulatio eſt, cum unam ſummam quis ſtipulatur, veluti triginta, quam tamen ſummam, non ſemel totam ſibi præſtari vult, ſed in tribus penſionibus æquis, quarum una præſtetur primo anno, altera ſecundo, ultima tandem tertio: Idem enim eſt dicere annua, bima, trima die, quod anno, biennio, triennio, *l.ſi legatum* 3.*ff.de annuis legatis*.Hæc ſtipulatio valde affinis eſt ſtipulationi annuæ. Cur ergo hæc eſt multiplex, illa una? Alciatus in *d.l.penult.* §.1. *num.*2. id tribuit variæ diſtributioni temporum, quæ in ſtipulatione annua die eſt expreſſa, in ſtipulatione annua expreſſa non eſt: & in ſtipulationibus maxime ad vim verborum attendimus. Verius eſt, ſtipulationem annua die, non eſſe unam, quia certa eſt, & temporalis; non enim omnis annua ſtipulatio una eſt, ſed quæ ſimul perpetua eſt & incerta, *d.l.*16. §.1.

II. In *l.ſi ſervus communis* 18. §.*ult. ff.de ſtipulat.ſervor.* Servus fructuarius operas ſuas locavit, & eo nomine pecuniam in annos ſingulos dari ſtipulatus eſt. Hæc ſtipulatio licet annua; dicitur non una ſed multiplex. Quare finito uſufructu, Domino reliqui temporis acquiritur ſtipulatio.

Ratio facile intelligitur ex dictis. Nam hæc ſtipulatio fuit quidem incerta, ſed non perpetua: Incerta, quia facta ad vitam ſervi, qui locavit operas, quæ niſi a Vivo præſtari non poſſunt: terminus autem vitæ incertus eſt. At ex hoc ipſo non fuit perpetua. Quod ſi ſervus in annos quinque operas locaſſet, eo magis ſtipulatio eo nomine facta, non fuiſſet una, quia hæc nec perpetua, nec incerta eſt, *d.l.*18. §.*ult.*

III. In *l.ſancimus* 34. §.*penult. C.de donation.* Si Ego a Te ex cauſa donationis ſtipulatus ſim annua tot, quoad vixero, vel quoad vixeris, multiplex donatio eſſe ſtatuitur, non una. Quocirca ſi ſingulæ ſummæ tercentos ſolidos non exceſſerint, inſinuatione opus non eſt. Nempe hoc ideo factum eſt, quia & hic ſtipulatio annua eſt quidem incerta, ſed non perpetua, ut quæ concluditur ſpatio vitæ Donatoris, vel Donatarii. Quare ſi non adjiciatur tempus vitæ, vel heredum mentio adjiciatur, una ſtipulatio erit, & donatio inſinuationem exiget, ut *ibidem* in §.*ult.* Vide Cujacium in *d.l.*16. & 15.*obſervat.*22. qui illa verba *d.*§.*ult. Vel adjiciatur tempus vitæ*, legit, *vel non adjiciatur*, ut etiam legerunt Græci Jurisconſulti, ſicuti patet ex Iſidoro *lib.*47. *Baſilicorum*: & niſi ita legas, pugnabit ex diametro §.*ult.* cum *pen.*

Conſtat hinc, locationem de triennio in triennium, non eſſe unam, ſed ſcindi in tot locationes, quot triennia ſunt. Quocirca etſi in *Extrav. ambitioſæ, de rebus Eccleſ.non alien.* prohibeatur locatio prædii Eccleſiaſtici ultra triennium, licita tamen erit locatio de triennio in triennium, Baldus in *cap.*1. §.*ſi libellatio, tit.quibus modis feudum amittatur*. Alii ta-

amen ob ſuſpicionem fraudis locationem ita factam valere negant, Covarruvias 1. *variarum* 16.

Alia via ac ſtipulationes procedunt legata annua, partim ſimili, partim diſſimili. Nam ſi decem in ſingulos annos legata ſint, plura ſunt legata, tot ſcilicet, quot ſunt præſtationes, *d.l.*16. §.1. *ff.eodem.* Sed id legatum non eſt perpetuum, ſicut eſt ſtipulatio annua, ut quod morte legatarii finitur, *l.*4. *l.in ſingulos* 8. *ff.de annuis legatis*. Ratio eſt, quia legatum annuum fit gratia legatarii, ut ſit ei alimentorum vice: Stipulatio vero annua ita concipitur gratia promiſſoris, qui ſolvere debet, ne oneretur ad totam ſummam ſemel præſtandam. Solent enim teſtatores annua, aut etiam menſtrua relinquere alimentorum nomine, quamquam id non exprimant, moti vel miſericordiæ cauſa, ut dicitur in *l.qui bonis, ff.de ceſſione bonorum*, nempe quia is, cui relinquunt, inopia laborat, & nihil habet, unde vitam tolerare poſſit: vel moti providentia legatariorum, qui rem ſuam familiarem tueri non poſſunt; ut dicitur in *l.Quintus Mutius ad finem*, *ff.de annuis legatis*. Unde fit, ut legata annua, vel menſtrua morte legatarii finiantur, ad inſtar Uſusfructus, & ad heredem redeant, a quo præſtabantur: quippe alimenta morte alimentarii finiuntur, *l.cum hi*, §.*modus*, *ff.de tranſaction.* & ideo Martialis ait, eum cui legata ſunt annua, morientem ea debitori legare videri, id eſt, eorum liberationem. Verſus hi ſunt *lib.*9.

Nil Tibi legavit Fabius, Bithinice, cui Tu
Annua, ſi memini, millia ſena dabas.
Plus nulli dedit ille, queri Bithinice noli,
Annua legavit millia ſena Tibi.

Niſi forte legatum annuum uſque ad certam conditionem relinquatur, veluti donec nubat; quo caſu per nuptias finitur, non expectata morte, *l.legatum ita eſt*, *ff.de annuis legatis*; vel uſque ad certam diem, veluti donec annum decimum octavum compleverit, *l.Liberto* 21. §.*filium*, & §.*largius*, *ff.cit.tit.*

Quoniam ergo teſtator in legato annuo alimenta præſtare intendit, quæ non ſemel præſtantur, ſed vel in ſingulos dies, ut accidit in legato ſimplici alimentorum, vel in ſingulos menſes, aut anno, ut in legato menſtruo, aut annuo: propterea intelligimus teſtatorem non unum voluiſſe facere legatum, ſed multiplex, diviſum in tot legata, quot ſunt alimentorum præſtationes faciendæ. Non ita eſt ſtipulatione, quæ ideo fit annua, ut ne promiſſor oneretur totum debitum unica vice, & unica ſumma ſolvere, quæ ipſius promiſſoris commodo dividitur in plures præſtationes. Vide in *l.ſi cum præfinitione* 20. *ff.quando dies legatorum.*

Hinc I. intelligimus, quid dicendum ſit de legato relicto annua, bima, trima die. Nempe quia teſtator gratia exonerandi, & ſublevandi heredis illam unicam ſummam in tres penſiones diviſit, ideo unicum erit legatum; ita ut penſiones tres non conſtituant tria legata, ſed ſint tres

Digitized by Google

partes unius legati, Cujacius in *l.ſi legatum, ff.de annuis legatis.*

II. Intelligimus, legatum annuum, ſi non alimentorum cauſa relinquatur, ſed exonerandi heredis gratia, unicum eſſe legatum. Id autem colligitur ex præfinitione annorum, addita alia conjectura; ſola enim annorum præfinitio non ſufficit, *d.l.ſi cum præfinitione*. Exemplum eſto ex *l.Firmio, §.pater, ff.quando dies legatorũ*, ubi pater voluit uxorem annua tot præſtare filio ex fructu bonorum, quæ eidem uxori legavit, addita præfinitione temporis, ideſt uſque ad annum 25. Quæſitum eſt, legatum iſtud, vel potius fideicommiſſum annuum, utrum unum eſſet, an multiplex? Et licet regula ſit, legatum annuum, & fideicommiſſum eſſe dividuum; tamen Papinianus ait, unum iſtud eſſe fideicommiſſum certis penſionibus diviſum. Et ſpecialis caſus eſt, cujus ratio nititur ſimul in præfinitione annorum, & ſimul in eo, quod teſtator voluit fideicommiſſum præſtari ex fructu bonorum, quæ uxori legavit; inde enim conjicitur, plures præſtationes non fieri gratia alimentorum, quo caſu multiplex legatum eſſet, ſed fieri gratia legatarii, qui gravatus erat: nam ut commode fideicommiſſum ſolveret, juſſit teſtator expectandos fructus, ſcilicet ut iis divenditis, ex pecunia redacta fideicommiſſum præſtaretur. Quocirca eſt annuum legatum ſimile ſtipulationi annuæ, & inde unum legatum dicitur.

III. Intelligimus, quid dicendum ſit, ſi legatum annuum ita alterne concipiatur, *Do lego annua decem, vel pro his ſervum in ſingulos annos*; cum enim legatum iſtud annuum ſit multiplex, poterit legatarius primo anno petere decem, ſecundo anno petere ſervum, atque ita ſubinde mutare ſententiam, *argumento ex l.ſi ex toto, §.ſi ita, ff.de leg.1.* ubi hæc variatio, & mutatio ſententiæ non licet, quia legatum alternatum erat unum: quare cum in noſtra ſpecie non ſit unum, ſed multiplex, conſequens eſt, ut licita variatio ſit. Ita etiam accidit in *l.ſi ſterilis, §.ult. ff.de actionibus emti*, ubi quidam vendidit domum, & excepit ſibi habitationem, donec viveret, aut in ſingulos annos decem: quo caſu electio eſt emtoris, ſive debitoris, juxta regulam Juris in *l.plerumque, §.ult. ff.de Jure dotium*. Statuitur ergo, emtorem poſſe primo anno præſtare decem, ſecundo habitationem, atque ita porro in ſingulis annis mutare ſententiam; quoniam enim iſta præſtatio annua eſt, facta in gratiam debitoris, cujus etiam electio eſt, ideo duæ videntur eſſe obligationes, ut Bartolus *ibidem* ait: unde variatio permittitur.

Ceterum ubi ſtipulatio annua eſt una, vel legatum annuum unum eſt, ſatis eſt ſtipulatorem, vel legatarium initio capacem fuiſſe: cum eſt multiplex, ſingulis annis capacitas exigitur, *l.Senatus, §.ult. ff.de donat. cauſa mortis, l.cum in annos, ff.de annuis legatis, l.1. §.ſi in annos, ff. ad l.Falc. l.cum in annos, §.1. ff.quando dies legatorum.*

Præterea ſtipulatio annua, cum eſt una, pura eſt in omnibus annis, *l.eum qui ita, §.qui ita, ff.eod. §. at ſi ita, Inſtit.de verbor.oblig.* & latius ibi diximus. At legatum annuum, ubi multiplex eſt, primo anno purum

eſt,

Digitized by Google

eſt, ſequentibus vero annis conditionale, *l.ſi in ſingulos,ff.de annuis legatis*, *l.1. §.ſi in annos, ff.ad l Falc.* quippe in ſequentibus annis tacite ineſt conditio, ſi legatarius vixerit, ſaltem aliquandiu in principio anni. Itaque primi anni legatum ſtatim a morte teſtatoris debetur,& legatario moriente, transmittitur ad ejus heredem, quaſi purum legatum: ſubſequentis vero anni legatum, utpote conditionale, non tranſmittitur ad legatarii heredem, niſi legatarius in ingreſſu anni deceſſerit, *d.l.ſi in ſingulos*, *l.a vobis, ff.cit.tit.*

Tandem ſi ſervo annuum legatum multiplex relinquatur, qui ſervus poſt unum, alterum ve annum fiat liber, legata in ſequentibus annis præſtanda ſibi acquiret, cum nova legata ſint. Idem eſt, ſi relictum fuerit filiofamilias, qui deinde emancipetur, *l.nec ſemel, ff.quando dies leg.* Secus eſt in ſtipulatione annua, cum una eſt in omnibus annis; nam licet filiusfamilias emancipetur, uſusfructus tamen rerum in ſtipulationem deductarum etiam pro annis poſt emancipationem decurſuris, pater ſibi acquiret: & ſervo manumiſſo, ſemper Dominus res ſtipulatas accipiet; quia id tempus ſpectatur, quo contrahitur, *l.ſi filiusfam. ff.eod.*

De Re una ob pretium, vel mercedem.

HÆc tractatio privatim ad venditionem,& locationem pertinet. Et I. quidem circa venditionem, plura invicem diſtinguenda ſunt, in quibus Bart. Zaſius, Alciatus, ceterique in *l.ſcire debemus, ff.eod.* varie ſe implicant. Imo nec ipſe, qui Juris nodos, legumque ænigmata ſolvit, nec ipſe, inquam, Cujacius in *l.cum ejuſdem, ff.de ædil.edict. tract.6. ad Africanum* recte expedire potuit.

I. Si res una pluribus pretiis vendita ſit, plures quoque venditiones celebratæ videntur. Exemplum eſto, tres ſocii communem fundum habent pro indiviſo, partibus æqualibus, aut diſparibus, eumque fundum vendunt, tribus expreſſis pretiis. Primus, qui eſt Dominus trientis, vendit partem ſuam viginti. Secundus Dominus ſextantis, vendit decem. Tertius, cujus eſt ſemis, vendit triginta. Non una venditio eſt, ſed triplex, *l.quod autem, §.fin. cum l.ſeq. ff.de in diem addict.*

Pone ergo fundum venditum hac lege, ut ſi intra tot dies melior conditio offeratur, ſit inemtus: quod dicitur in diem addictio; & duo ex ſociis venditoribus partes ſuas ſecundo emtori addicant ob meliorem conditionem oblatam, tertio non addicente ſuam; hæc tertia tamen pars apud priorem emtorem remanebit, duæ reliquæ, redditis pretiis, auferentur. Nempe quia ob varia pretia triplex venditio fuit, *d.l.quod autem, §.ult.* Quod ſi uno pretio venditio facta ſit, quia una quoque venditio eſt, addictio niſi in totum fieri non poteſt, *l.quod ſi uno, ff.cit.tit.*

Quod ſi variis pretiis venditum ſit, emtor tamen ita pactus ſit, niſi

Digitized by Google

totum fundum emtum nolle ſe habere; tum ob addictionem unius partis factam ab uno ex ſociis, totum fundum reſtituet, recepto pretio, *d.l. quod ſi uno, §.Celſus quoque.*

Hæc facile trahi poſſunt ad reivindicationem. Pone enim iterum fundum tribus pretiis venditum: vindicatur pars primi ſocii; hic ſolus de evictione tenetur; quod ex *cit.Jurib.* nemo ambiget.

II. Si plures res non ſolum difformes, ſed etiam uniformes, veluti plura mancipia, plures mulæ, uno pretio vendantur, plures ſunt venditiones, *l.& ſi uno, ff.de actionib.emti.* Quod verum eſt, etiamſi uno nomine plures res comprehendantur, ut ſi vendita ſit polia, ideſt armentum equuleorum, vel vendita ſit familia, quæ ex tribus ſervis conſtat,& vendita ſit uno pretio, plures venditiones ſunt, *l.ædiles 38. §.cum autem, verſ.nam ſi polia,ff.de ædilitio edicto.* Verum quoque eſt, tam ſi per averſionem celebrata venditio ſit, id eſt, ſi confuſe univerſis mancipiis conſtitutum pretium fuerit, quam ſi conſtituto pretio in ſingula capita, poſtea omnium pretia redacta ſint in unam ſummam, *l.ſi plura, ff.cit.tit.*

Itaque ob morbum vitiumve unius mancipii, cetera ex edicto ædilium non redhibentur, ſed illud tantum, quod morboſum, aut vitioſum eſt, *d.l.ſi plura, d.l.38. §.ſi plura.* Illud intereſt, quod ubi pretium confuſe conſtitutum fuit, pro bonitate ejus, quod redhibetur, æſtimatio fiet, eaque reddetur emtori, *l.Labeo in princ. ff. cit. tit.* at ubi fuit ſingulorum certum pretium, reſtituitur id pretium, quod conventum de eo capite fuit, *d.l.ſi plura.*

Excipe I. cum ſine magno incommodo,aut pietatis offenſa, ſeparari non poſſunt, ut pater & filius, duo fratres: quippe venditio uno pretio facta pro una haberetur; & pro uno morboſo, omnes redhibentur, *l.plerumque, l.vel fratres cum ſeq.ff.cit.tit.*

Excipe etiam, ſi ſervi non ſolum uno pretio venditi ſint, ſed præterea ſani ſint promiſſi, una venditio eſt, & pro uno non ſano omnes redhibentur, *d.l.Labeo, §.idem ait.* Ratio eſt, quoniam qui ſanos promittit, omnes ſanos promittit, & videntur ſervi omnes ſub unica comprehenſione venire, unum finem reſpiciente, tanquam ſi ex deſtinatione unus corpus efficerent, *l.ſcire debemus, §.1. ff.eod.* Ita ex eodem Labeone qui ſervos ſiſtere promittit, omnes promiſiſſe intelligitur, & uno non ſtato, pœna in ſolidum committitur, *l.ſi ſervus,§.ſi plurium,ff.ſi quis cautionibus.*

Excipe tandem, ſi duo ſervi non ſolum uno pretio, ſed pariter emti ſunt; una enim venditio eſt, & altero ante venditionem mortuo, neque in vivo conſtat emtio, *l.ſi duos, ff.de contrahen. emtion.* Quo textu nixi ſunt Veteres cum Bartolo,ad probandum plurium ſpecierum venditionem uno pretio contractam,eſſe unam. Sed non attenderunt ad verba textus, quæ ſunt: *Si duos quis ſervos emerit pariter uno pretio, &c.* Pariter, id eſt, tanquam pares, cum niſi ambos emtos habere nolit, ut in *d.l.quod ſi uno, §.Celſus quoque.*

III. Si

Digitized by Google

III. Si plures ſervi ejuſdem generis ſint, veluti mimi, comœdi, tragœdi, choreutæ, item jumenta ejuſdem generis, ut mulæ pares, quadriga, & ſimilia, quæ ſeparari non poſſunt, & uno pretio vendantur, una venditio eſt, & cum unum in ea cauſa eſt, ut redhiberi debeat, omnia redhibentur, *d.l.38. §.cum autem, in princ. & in fin. l.cum ejuſdem*, ubi Cujac. *ff.de ædilit. edict.*

Obſtare videtur *ead. l.38. §.ſi forte*, ubi jugo mularum vendito uno pretio, tantum mula quæ vitioſa eſt, redhibetur; cum hoc tamen, ut non ex pretio tantum vitioſæ, ſed ex utriuſque ſit componendum, quanti minoris ſit.

Verum aliud eſt jugum mularum, aliud pares mulæ, ut conſtat ex *d.§.ſi forte, cum ſeq.* ubi Cajus hæc duo aperte diſtinguit, & ſeparat, quamvis confundat Cujac. *loc. cit.* nam jugum non neceſſario paria habet, cum poſſint ſub jugum mitti equus, & mula, ut Hiſpani facere ſolent. Itaque in paribus mulis uno pretio, una eſt venditio, in jugo plures venditiones, *d.§.ſi forte, cum ſeq.*

Sed ſi vendito Choro, vel quadriga, in ſingula capita pretium conſtitutum ſit, regula eſt, ut plures ſint venditiones. Excipe, cum manifeſtum eſt, non, niſi omnes quem emturum, vel venditurum: quod in comœdis, & ſimilibus plerumque præſumitur, quia non niſi omnes habere expedit, *d.l.cum ejuſdem.*

IV. Tandem ſi duo paria mularum ſint, quæ uno pretio emta proponantur, & una mula vitioſa ſit, vel unum par, tantum par vitioſum redhibetur, alterum non, *d.l.38. §.cum autem, verſ.ſed ſi duo*: ſcilicet duæ ſunt venditiones.

Obiter monemus, olim ſocium, ante judicium communi dividundo, ſive prædium pro diviſo, ſive pro indiviſo haberet, potuiſſe partem ſuam cuicunque vendere, hoc eſt tam extraneo, quam ſocio, Diocletianus in *l.3. C.de comm.rer.alienat.* Scilicet, quia nondum vigebat προτίμησις, hoc eſt *prælatio honoris*, quam deinde induxit Flavius Conſtantinus Magnus, ut Jac.Gothofr. putat, ſed ſubſtulit Valentinianus Jun. in *l.Dudum, C.de contr.emt.* quæ deſumta eſt ex *C.Theod.eod.tit.* ubi προτίμησις interpretatur *Honeſtas*. Eo tamen non obſtante, viget apud nos ex Federico I. in *conſtit. Sancimus*. Hactenus de Venditione, proximum eſt, ut videamus.

De Locatione.

I. SI locetur prædium in plures annos, certa dicta in ſingulos annos mercede, una locatio eſt, nec diverſitas præſtationum multiplicem reddit contractum.

Conſtat id ex *l.ſi uno, in princ. ff.locati*, ubi prædium ſuum quis

co-

Digitized by Google

verum eſt, ubi plura ſeparatim capita ſententia non complectitur, quæ tunc non una, ſed plures ſententiæ eſſent, & diceretur una ſententia recepta, altera rejecta, Baldus *loc.cit. col.*14. Quocirca minor reſtitutionem in integrum petere poteſt in quantum ad unum caput, licet non petat in quantum ad alterum, Gloſſa, & Bartolus in *l.etiam, §.ea cauſa, ff.de minoribus*, per illum Textum; & Judex appellationis ſententiam in uno capite comprobare, in altero reprobare poteſt, *l.quædam, ff.familiæ erciſcundæ, l.ult. ff.de Jurepatronatus.*

II. Etſi alicubi a ſententia non niſi ſemel appellari poſſit, tamen quoties plura capita in ea ſunt, ſæpius licita eſt appellatio, ab unoquoque capite ſemel, ut Paulus de Caſtro ſe obtinuiſſe refert apud Zaſium in *d.l. ſcire debemus num.6.*

Illud meminiſſe oportet, a Juriſconſultis tria Corporum genera diſtingui ex *l.rerum mixtura* 30. *ff.de uſucapionibus*. Primum dicitur. Continuum, eorum ſcilicet, quæ uno ſpiritu conſtare dicuntur, ut homo, equus, tignum, lapis, & ſimilia. Secundum dicitur Concretum, quod conſtat ex partibus inter ſe cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium. Ultimum genus Corporum eſt dejunctum, conſtans ex diſtantibus partibus, ut Grex, Inſtrumentum fundi, ſupellex. Quamvis enim Grex, verbi gratia, ex pluribus capitibus conſtet, deſtinatione tamen Patrisfamilias pro uno Corpore habetur, & poſſidetur. Idem tradit Seneca 5. *epiſt.*103.

Quocirca ſtipulatio Corporis dejuncti unica ſtipulatio eſt, non multiplex. Sum ſtipulatus a te acervum nummorum, una ſtipulatio eſt, *d.l.ſcire debemus*. Cur ita? Juriſconſultus *ibidem* ait, quia abſurdum eſſet, multiplicare hanc ſtipulationem in tot, quot nummi ſunt. Hanc rationem Zaſius *ibidem num.9.* frigidam vocat, nec tamen melior eſt ea, quam ipſe præſtat. In promtu erat dicere, acervum nummorum deſtinatione Patrisfamilias pro uno Corpore cenſeri. Ita ſimiliter legatum gregis unicum eſt, *d.l.quoties, l.Grege, ff.de leg.*2.

Et hinc dependet ratio Textus in *d.l.ſi ex toto, §.ſi ita, ff.de leg.*1. ubi octo Lecticariorum legatum unum eſt, nempe quia deſtinatione Patrisfamilias pro uno Corpore poſſidentur; nam ut recte Cujacius notat, olim ad lecticam ſplendidiorem comparabantur plerumque octo homines, Teſte Martiale:

Octo Syris, ſuffulta datur lectica Puellæ.

& Lecticarii ſunt, qui lecticam geſtant, non qui lecticam faciunt, ut falſo interpretatur Accurſius.

Objicies ex *l.ſi Chorus in princ. ff.de leg.*3. ubi ſi Chorus Comædorum legetur, perinde eſt, quaſi ſinguli homines legati ſint. Idem eſt, ſi legetur familia, quæ ex tribus conſtat: & ſi cui optio ſervorum legata ſit, tres poteſt eligere, *l.*1. *ff.de optione legata.*

Reſponſum tamen velim, dici ſingulos homines legatos non ad multiplicanda legata, ſed reſpectu effectus, qui eſt, ut omnibus de Choro, ſeu

ſeu de familia mortuis, præter unum, ille unus peti poſſit, quamvis Chorus, & Familia deſiiſſet eſſe, quaſi ille unus fuiſſet legatus, *l.ſi Grege, ff. leg.* 1. Si tamen duo, aut omnes ſuperſint, legatarius nequit unum eligere, alterum repudiare, *l.*4. *cum duabus ſeqq. ff.de leg.*2. quod certe liceret, ſi plura eſſent legata, ut diximus.

Hinc etiam pendet ratio, Cur ſtipulatio legatorum una ſit, quamvis plura ſint legata. Teſtator mihi legavit equos, arma, veſtes: Ego ſtipulor ab herede, *Quidquid mibi ex Cauſa legati debes, dare promittis?* una ſtipulatio eſt, *d.l.ſcire debemus, §.ſtipulationem*; nempe quia ſingula legata non exprimuntur, ſed veniunt tanquam unum propter ſignum universale, *Quidquid*, Accurſius *ibidem* communiter receptus. An quia dictum fuit *Legati* numero ſingulari, videtur Stipulator plura corpora, ſeu plura legata, pro uno habuiſſe? Itaque ex deſtinatione hoc fit, quæ indicatio deeſt in *l.pluribus rebus, in princ. ff.eod.*

Non ita eſt, ſi pluribus rebus nominatim pactis, generalis ſtipulatio ſubjiciatur; habetur enim ſtipulatio pro multiplici. Exempli gratia, pluribus rebus præpoſitis, ſtipulatio ita facta eſt: *Ea omnia, quæ ſupra ſcripta ſunt, dari?* tot ſtipulationes ſunt, quot res, *l.Titia* 134. *§.ult.l.pluribus rebus* 140. *in princ. ff.eodem*. Hic enim licet ſingulæ res non exprimantur a Contrahentibus, fuere tamen ab iiſdem paciſcendo expreſſæ, quorum pactorum adſtringendorum cauſa facta eſt ſtipulatio, Cujacius in *d.l.ſcire debemus*.

Ceterum quamvis pro legato conſequendo plures actiones proditæ ſint, reivindicatio, hypotecaria, condictio ex teſtamento; tamen quia legatum eſt unum, inde legatarius pluribus ſimul actionibus uti non poteſt, ſed una electa, ceteræ tolluntur. Quæ ratio redditur in *l.cum filius* 78. *§.variis, ff.de leg.*2.

De Re una in diſtributione temporum.

Stipulatio annua una eſt in omnibus annis, quamvis multæ præſtationes ſint, quarum quælibet in principio anni cujuſcunque facienda eſt. Id tamen verum eſt de ſtipulatione annua incerta, & perpetua, Pomponius in *l.ſi Stichum* 16.*§.*1. *ff.eodem*. Quippe hæc ſtipulatio, *Promittis mibi annua decem, vel quotannis, vel in ſingulos annos*, una eſt, & perpetua, quia tranſit ad heredes, ex *l.Veteres, C.de contrahenda ſtipulatione*: & ideo eſt incerta, quia ſumma pecuniarum, quæ in omnibus annis ſolventur, ignoratur. Et ita non ſunt contraria perpetuum, & incertum, ut putabat Baldus in *d.l.*16. qui propterea temere Pomponium beſtiam appellat; quippe hæc duo non accipiuntur utrumque de tempore, quo caſu eſſent contraria, ſed unum de tempore, alterum de quantitate, ſeu ſumma.

Ex

Digitized by Google

Ex his multæ Juris noſtri leges facile explicantur ; & in *l.penul. tima*, *§.1. ff. eodem*, habetur ſtipulationem annua, bima, trima die dividi in tres ſtipulationes, quot ſunt ſummæ. Hæc ſtipulatio eſt, cum unam ſummam quis ſtipulatur, veluti triginta, quam tamen ſummam, non ſemel totam ſibi præſtari vult,ſed in tribus penſionibus æquis, quarum una præſtetur primo anno, altera ſecundo, ultima tandem tertio : Idem enim eſt dicere annua, bima, trima die, quod anno, biennio, triennio, *l.ſi legatum 3 ff.de annuis legatis.*Hæc ſtipulatio valde affinis eſt ſtipulationi annuæ. Cur ergo hæc eſt multiplex, illa una ? Alciatus in *d.l.penult. §.1. num.2.* id tribuit variæ diſtributioni temporum, quæ in ſtipulatione annua die eſt expreſſa, in ſtipulatione annua expreſſa non eſt : & in ſtipulationibus maxime ad vim verborum attendimus. Verius eſt, ſtipulationem annua die, non eſſe unam, quia certa eſt, & temporalis; non enim omnis annua ſtipulatio una eſt, ſed quæ ſimul perpetua eſt & incerta, *d.l.16. §.1.*

II. In *l.ſi ſervus communis 18. §.ult. ff.de ſtipulat.ſervor.* Servus fructuarius operas ſuas locavit, & eo nomine pecuniam in annos ſingulos dari ſtipulatus eſt. Hæc ſtipulatio licet annua, dicitur non una ſed multiplex. Quare finito uſufructu, Domino reliqui temporis acquiritur ſtipulatio.

Ratio facile intelligitur ex dictis. Nam hæc ſtipulatio fuit quidem incerta, ſed non perpetua : Incerta, quia facta ad vitam ſervi, qui locavit operas, quæ niſi a Vivo præſtari non poſſunt : terminus autem vitæ incertus eſt. At ex hoc ipſo non fuit perpetua. Quod ſi ſervus in annos quinque operas locaſſet, eo magis ſtipulatio eo nomine facta, non fuiſſet una, quia hæc nec perpetua, nec incerta eſt, *d.l.18. §.ult.*

III. In *l.ſancimus 34. §.penult. C.de donation.* Si Ego a Te ex cauſa donationis ſtipulatus ſim annua tot, quoad vixero, vel quoad vixeris, multiplex donatio eſſe ſtatuitur, non una. Quocirca ſi ſingulæ ſummæ tercentos ſolidos non exceſſerint, inſinuatione opus non eſt. Nempe hoc ideo factum eſt, quia & hic ſtipulatio annua eſt quidem incerta, ſed non perpetua, ut quæ concluditur ſpatio vitæ Donatoris, vel Donatarii. Quare ſi non adjiciatur tempus vitæ,vel heredum mentio adjiciatur, una ſtipulatio erit, & donatio inſinuationem exiget, ut *ibidem* in *§.ult.* Vide Cujacium in *d.l.16. & 15.obſervat.22.* qui illa verba *d.§.ult. Vel adjiciatur tempus vitæ*, legit, *vel non adjiciatur*, ut etiam legerunt Græci Juris-conſulti, ſicuti patet ex Iſidoro *lib.47. Baſilicorum*: & niſi ita legas, pugnabit ex diametro *§.ult.* cum *pen.*

Conſtat hinc, locationem de triennio in triennium,non eſſe unam, ſed ſcindi in tot locationes,quot triennia ſunt. Quocirca etſi in *Extrav. ambitioſæ, de rebus Eccleſ.non alien.* prohibeatur locatio prædii Eccleſiaſtici ultra triennium, licita tamen erit locatio de triennio in triennium, Baldus in *cap.1. §.ſi libellatio, tit.quibus modis feudum amittatur*. Alii ta-

amen ob ſuſpicionem fraudis locationem ita factam valere negant, Covarruvias 1. *variarum* 16.

Alia via ac ſtipulationes procedunt legata annua, partim ſimili, partim diſſimili. Nam ſi decem in ſingulos annos legata ſint, plura ſunt legata, tot ſcilicet, quot ſunt præſtationes, *d.l.* 16. §. 1. *ff.eodem*. Sed id legatum non eſt perpetuum, ſicut eſt ſtipulatio annua, ut quod morte legatarii finitur, *l.*4. *l.in ſingulos* 8. *ff.de annuis legatis*. Ratio eſt, quia legatum annuum fit gratia legatarii, ut ſit ei alimentorum vice: Stipulatio vero annua ita concipitur gratia promiſſoris, qui ſolvere debet, ne oneretur ad totam ſummam ſemel præſtandam. Solent enim teſtatores annua, aut etiam menſtrua relinquere alimentorum nomine, quamquam id non exprimant, moti vel miſericordiæ cauſa, ut dicitur in *l.qui bonis*, *ff.de ceſſione bonorum*, nempe quia is, cui relinquunt, inopia laborat, & nihil habet, unde vitam tolerare poſſit: vel moti providentia legatariorum, qui rem ſuam familiarem tueri non poſſunt; ut dicitur in *l.Quintus Mutius ad finem*, *ff.de annuis legatis*. Unde fit, ut legata annua, vel menſtrua morte legatarii finiantur, ad inſtar Uſusfructus, & ad heredem redeant, a quo præſtabantur: quippe alimenta morte alimentarii finiuntur, *l.cum hi*, §.*modus*, *ff.de tranſaction.* & ideo Martialis ait, eum cui legata ſunt annua, morientem ea debitori legare videri, id eſt, eorum liberationem. Verſus hi ſunt *lib.*9.

Nil Tibi legavit Fabius, Bithinice, cui Tu
Annua, ſi memini, millia ſena dabas.
Plus nulli dedit ille, queri Bithinice noli,
Annua legavit millia ſena Tibi.

Niſi forte legatum annuum uſque ad certam conditionem relinquatur, veluti donec nubat; quo caſu per nuptias finitur, non expectata morte, *l.legatum ita eſt*, *ff.de annuis legatis*; vel uſque ad certam diem, veluti donec annum decimum octavum compleverit, *l.Liberto* 21. §.*filium*, & §.*largius*, *ff.cit.tit.*

Quoniam ergo teſtator in legato annuo alimenta præſtare intendit, quæ non ſemel præſtantur, ſed vel in ſingulos dies, ut accidit in legato ſimplici alimentorum, vel in ſingulos menſes, aut anno, ut in legato menſtruo, aut annuo: propterea intelligimus teſtatorem non unum voluiſſe facere legatum, ſed multiplex, diviſum in tot legata, quot ſunt alimentorum præſtationes faciendæ. Non ita eſt ſtipulatione, quæ ideo fit annua, ut ne promiſſor oneretur totum debitum unica vice, & unica ſumma ſolvere, quæ ipſius promiſſoris commodo dividitur in plures præſtationes. Vide in *l.ſi cum præfinitione* 20. *ff.quando dies legatorum.*

Hinc I. intelligimus, quid dicendum ſit de legato relicto annua, bima, trima die. Nempe quia teſtator gratia exonerandi, & ſublevandi heredis illam unicam ſummam in tres penſiones diviſit, ideo unicum erit legatum; ita ut penſiones tres non conſtituant tria legata, ſed ſint tres

partes unius legati, Cujacius in *l.ſi legatum, ff.de annuis legatis.*

II. Intelligimus, legatum annuum, ſi non alimentorum cauſa relinquatur, ſed exonerandi heredis gratia, unicum eſſe legatum. Id autem colligitur ex præfinitione annorum, addita alia conjectura; ſola enim annorum præfinitio non ſufficit, *d.l.ſi cum præfinitione*. Exemplum eſto ex *l.Firmio,§.pater,ff.quando dies legatorũ,*ubi pater voluit uxorem annua tot præſtare filio ex fructu bonorum, quæ eidem uxori legavit, addita præfinitione temporis,ideſt uſque ad annum 25. Quæſitum eſt, legatum iſtud, vel potius fideicommiſſum annuum, utrum unum eſſet, an multiplex? Et licet regula ſit,legatum annuum,& fideicommiſſum eſſe dividuum; tamen Papinianus ait, unum iſtud eſſe fideicommiſſum certis penſionibus diviſum. Et ſpecialis caſus eſt, cujus ratio nititur ſimul in præfinitione annorum, & ſimul in eo, quod teſtator voluit fideicommiſſum præſtari ex fructu bonorum, quæ uxori legavit; inde enim conjicitur, plures præſtationes non fieri gratia alimentorum, quo caſu multiplex legatum eſſet, ſed fieri gratia legatarii,qui gravatus erat: nam ut commodè fideicommiſſum ſolveret, juſſit teſtator expectandos fructus, ſcilicet ut iis divenditis, ex pecunia redacta fideicommiſſum præſtaretur. Quocirca eſt annuum legatum ſimile ſtipulationi annuæ, & inde unum legatum dicitur.

III. Intelligimus, quid dicendum ſit, ſi legatum annuum ita alterne concipiatur, *Do lego annua decem, vel pro his ſervum in ſingulos annos*; cum enim legatum iſtud annuum ſit multiplex, poterit legatarius primo anno petere decem, ſecundo anno petere ſervum, atque ita ſubinde mutare ſententiam, *argumento ex l.ſi ex toto, §.ſi ita, ff.de leg.*1. ubi hæc variatio, & mutatio ſententiæ non licet, quia legatum alternatum erat unum: quare cum in noſtra ſpecie non ſit unum, ſed multiplex, conſequens eſt, ut licita variatio ſit. Ita etiam accidit in *l.ſi ſterilis, §.ult. ff.de actionibus emti*, ubi quidam vendidit domum, & excepit ſibi habitationem, donec viveret; aut in ſingulos annos decem: quo caſu electio eſt emtoris, ſive debitoris, juxta regulam Juris in *l.plerumque,§.ult. ff.de Jure dotium.* Statuitur ergo, emtorem poſſe primo anno præſtare decem, ſecundo habitationem, atque ita porro in ſingulis annis mutare ſententiam; quoniam enim iſta præſtatio annua eſt, facta in gratiam debitoris, cujus etiam electio eſt, ideo duæ videntur eſſe obligationes, ut Bartolus *ibidem* ait: unde variatio permittitur.

Ceterum ubi ſtipulatio annua eſt una, vel legatum annuum unum eſt, ſatis eſt ſtipulatorem, vel legatarium initio capacem fuiſſe: cum eſt multiplex, ſingulis annis capacitas exigitur, *l.Senatus, §.ult. ff.de donat. cauſa mortis, l.cum in annos, ff.de annuis legatis, l.*1. *§.ſi in annos, ff. ad l.Falc. l.cum in annos, §.*1. *ff.quando dies legatorum.*

Præterea ſtipulatio annua, cum eſt una, pura eſt in omnibus annis, *l.eum qui ita, §.qui ita, ff.eod. §. at ſi ita, Inſtit.de verbor.oblig.* & latius ibi diximus. At legatum annuum, ubi multiplex eſt, primo anno purum

eſt,

Digitized by Google

eſt, ſequentibus vero annis conditionale, *l.ſi in ſingulos,ff.de annuis legatis*, *l.1. §.ſi in annos, ff.ad l Falc.* quippe in ſequentibus annis tacite ineſt conditio, ſi legatarius vixerit, ſaltem aliquandiu in principio anni. Itaque primi anni legatum ſtatim a morte teſtatoris debetur,& legatario moriente, tranſmittitur ad ejus heredem, quaſi purum legatum: ſubſequentis vero anni legatum, utpote conditionale, non tranſmittitur ad legatarii heredem, niſi legatarius in ingreſſu anni deceſſerit, *d.l.ſi in ſingulos*, *l.a vobis, ff.cit.tit.*

Tandem ſi ſervo annuum legatum multiplex relinquatur, qui ſervus poſt unum, alterum ve annum fiat liber, legata in ſequentibus annis præſtanda ſibi acquiret, cum nova legata ſint. Idem eſt, ſi relictum fuerit filiofamilias, qui deinde emancipetur, *l.nec ſemel, ff.quando dies leg.* Secus eſt in ſtipulatione annua, cum una eſt in omnibus annis; nam licet filiusfamilias emancipetur, uſusfructus tamen rerum in ſtipulationem deductarum etiam pro annis poſt emancipationem decurſuris, pater ſibi acquiret: & ſervo manumiſſo, ſemper Dominus res ſtipulatas accipiet; quia id tempus ſpectatur, quo contrahitur, *l.ſi filiusfam. ff.eod.*

De Re una ob pretium, vel mercedem.

HÆc tractatio privatim ad venditionem,& locationem pertinet.Et I. quidem circa venditionem, plura invicem diſtinguenda ſunt, in quibus Bart. Zaſius, Alciatus, ceterique in *l.ſcire debemus, ff.eod.* varie ſe implicant. Imo nec ipſe, qui Juris nodos, legumque ænigmata ſolvit, nec ipſe, inquam, Cujacius in *l.cum ejuſdem, ff.de ædil.edict. tract.6. ad Africanum* recte expedire potuit.

I. Si res una pluribus pretiis vendita ſit, plures quoque venditiones celebratæ videntur. Exemplum eſto, tres ſocii communem fundum habent pro indiviſo, partibus æqualibus, aut diſparibus, eumque fundum vendunt, tribus expreſſis pretiis. Primus, qui eſt Dominus trientis, vendit partem ſuam viginti. Secundus Dominus ſextantis, vendit decem. Tertius, cujus eſt ſemis, vendit triginta. Non una venditio eſt, ſed triplex, *l.quod autem, §.fin. cum l.ſeq. ff.de in diem addict.*

Pone ergo fundum venditum hac lege, ut ſi intra tot dies melior conditio offeratur, ſit inemtus: quod dicitur in diem addictio; & duo ex ſociis venditoribus partes ſuas ſecundo emtori addicant ob meliorem conditionem oblatam, tertio non addicente ſuam; hæc tertia tamen pars apud priorem emtorem remanebit, duæ reliquæ, redditis pretiis, auferentur. Nempe quia ob varia pretia triplex venditio fuit, *d.l.quod autem, §.ult.* Quod ſi uno pretio venditio facta ſit,quia una quoque venditio eſt, addictio niſi in totum fieri non poteſt, *l.quod ſi uno, ff.cit.tit.*

Quod ſi variis pretiis venditum ſit, emtor tamen ita pactus ſit, niſi

totum fundum emtum nolle ſe habere ; tum ob addictionem unius partis factam ab uno ex ſociis , totum fundum reſtituet, recepto pretio, *d.l. quod ſi uno,§.Celſus quoque.*

Hæc facile trahi poſſunt ad reivindicationem . Pone enim iterum fundum tribus pretiis venditum : vindicatur pars primi ſocii ; hic ſolus de evictione tenetur ; quod ex *cit.Jurib.* nemo ambiget.

II. Si plures res non ſolum difformes , ſed etiam uniformes , veluti plura mancipia , plures mulæ , uno pretio vendantur , plures ſunt venditiones, *l.& ſi uno, ff.de actionib.emti.* Quod verum eſt, etiamſi uno nomine plures res comprehendantur, ut ſi vendita ſit polia, ideſt armentum equuleorum, vel vendita ſit familia, quæ ex tribus ſervis conſtat,& vendita ſit uno pretio , plures venditiones ſunt , *l.ædiles 38. §.cum autem , verſ.nam ſi polia,ff.de ædilitio edicto.* Verum quoque eſt, tam ſi per averſionem celebrata venditio ſit, id eſt, ſi confuſe univerſis mancipiis conſtitutum pretium fuerit, quam ſi conſtituto pretio in ſingula capita, poſtea omnium pretia redacta ſint in unam ſummam, *l.ſi plura, ff.cit.tit.*

Itaque ob morbum vitiumve unius mancipii , cetera ex edicto ædilium non redhibentur, ſed illud tantum, quod morboſum , aut vitioſum eſt, *d.l.ſi plura, d.l.38. §.ſi plura.* Illud intereſt, quod ubi pretium confuſe conſtitutum fuit, pro bonitate ejus , quod redhibetur , æſtimatio fiet, eaque reddetur emtori , *l.Labeo in princ. ff. cit. tit.* at ubi fuit ſingulorum certum pretium, reſtituitur id pretium , quod conventum de eo capite fuit, *d.l.ſi plura.*

Excipe I. cum ſine magno incommodo,aut pietatis offenſa, ſeparari non poſſunt, ut pater & filius , duo fratres : quippe venditio uno pretio facta pro una haberetur ; & pro uno morboſo, omnes redhibentur , *l.plerumque, l.vel fratres cum ſeq.ff.cit.tit.*

Excipe etiam ; ſi ſervi non ſolum uno pretio venditi ſint , ſed præterea ſani ſint promiſſi , una venditio eſt , & pro uno non ſano omnes redhibentur , *d.l.Labeo, §.idem ait.* Ratio eſt, quoniam qui ſanos promittit , omnes ſanos promittit , & videntur ſervi omnes ſub unica comprehenſione venire , unum finem reſpiciente , tanquam ſi ex deſtinatione unus corpus efficerent , *l.ſcire debemus, §.1. ff.eod.* Ita ex eodem Labeone qui ſervos ſiſtere promittit , omnes promiſiſſe intelligitur , & uno non ſtato, pœna in ſolidum committitur, *l.ſi ſervus,§.ſi plurium,ff.ſi quis cautionibus.*

Excipe tandem, ſi duo ſervi non ſolum uno pretio, ſed pariter emti ſunt; una enim venditio eſt, & altero ante venditionem mortuo , neque in vivo conſtat emtio, *l.ſi duos , ff.de contrahen. emtion.* Quo textu nixi ſunt Veteres cum Bartolo,ad probandum plurium ſpecierum venditionem uno pretio contractam,eſſe unam. Sed non attenderunt ad verba textus, quæ ſunt: *Si duos quis ſervos emerit pariter uno pretio , &c.* Pariter , id eſt, tanquam pares, cum niſi ambos emtos habere nolit , ut in *d.l.quod ſi uno, §.Celſus quoque.*

III. Si

Digitized by Google

III. Si plures ſervi ejuſdem generis ſint, veluti mimi, comœdi, tragœdi, choreutæ, item jumenta ejuſdem generis, ut mulæ pares, quadriga, & ſimilia, quæ ſeparari non poſſunt, & uno pretio vendantur, una venditio eſt, & cum unum in ea cauſa eſt, ut redhiberi debeat, omnia redhibentur, *d.l.38. §.cum autem, in princ. & in fin. l.cum ejuſdem*, ubi Cujac. *ff.de ædilit. edict.*

Obſtare videtur *ead. l.38. §.ſi forte*, ubi jugo mularum vendito uno pretio, tantum mula quæ vitioſa eſt, redhibetur; cum hoc tamen, ut non ex pretio tantum vitioſæ, ſed ex utriuſque ſit componendum, quanti minoris ſit.

Verum aliud eſt jugum mularum, aliud pares mulæ, ut conſtat ex *d.§.ſi forte, cum ſeq.* ubi Cajus hæc duo aperte diſtinguit, & ſeparat, quamvis confundat Cujac. *loc.cit.* nam jugum non neceſſario paria habet, cum poſſint ſub jugum mitti equus, & mula, ut Hiſpani facere ſolent. Itaque in paribus mulis uno pretio, una eſt venditio, in jugo plures venditiones, *d.§.ſi forte, cum ſeq.*

Sed ſi vendito Choro, vel quadriga, in ſingula capita pretium conſtitutum ſit, regula eſt, ut plures ſint venditiones. Excipe, cum manifeſtum eſt, non, niſi omnes quem emturum, vel venditurum: quod in comœdis, & ſimilibus plerumque præſumitur, quia non niſi omnes habere expedit, *d.l.cum ejuſdem.*

IV. Tandem ſi duo paria mularum ſint, quæ uno pretio emta proponantur, & una mula vitioſa ſit, vel unum par, tantum par vitioſum redhibetur, alterum non, *d.l.38. §.cum autem, verſ.ſed ſi duo*: ſcilicet duæ ſunt venditiones.

Obiter monemus, olim ſocium, ante judicium communi dividundo, ſive prædium pro diviſo, ſive pro indiviſo haberet, potuiſſe partem ſuam cuicunque vendere, hoc eſt tam extraneo, quam ſocio, Diocletianus in *l.3. C.de comm.rer.alienat.* Scilicet, quia nondum vigebat προτίμησις, hoc eſt *prælatio honoris*, quam deinde induxit Flavius Conſtantinus Magnus, ut Jac.Gothofr. putat, ſed ſuſtulit Valentinianus Jun. in *l.dudum, C.de contr.emt.* quæ deſumta eſt ex *C.Theod.eod.tit.* ubi προτίμησις interpretatur *Honeſtas*. Eo tamen non obſtante, viget apud nos ex Federico I. in *conſtit.Sancimus*. Hactenus de Venditione, proximum eſt, ut videamus.

De Locatione.

I. SI locetur prædium in plures annos, certa dicta in ſingulos annos mercede, una locatio eſt, nec diverſitas præſtationum multiplicem reddit contractum.

Conſtat id ex *l.ſi uno, in princ. ff.locati*, ubi prædium ſuum quis co-

ſeu de familia mortuis, præter unum, ille unus peti poſſit, quamvis Chorus, & Familia deſiiſſet eſſe, quaſi ille unus fuiſſet legatus, *l.ſi Grege, ff. leg.* 1. Si tamen duo, aut omnes ſuperſint, legatarius nequit unum eligere, alterum repudiare, *l.4.cum duabus ſeqq. ff.de leg.*2. quod certe liceret, ſi plura eſſent legata, ut diximus.

Hinc etiam pendet ratio, Cur ſtipulatio legatorum una ſit, quamvis plura ſint legata. Teſtator mihi legavit equos, arma, veſtes: Ego ſtipulor ab herede, *Quidquid mihi ex Cauſa legati debes, dare promittis?* una ſtipulatio eſt, *d.l.ſcire debemus, § ſtipulationem*; nempe quia ſingula legata non exprimuntur, ſed veniunt tanquam unum propter ſignum univerſale, *Quidquid*, Accurſius *ibidem* communiter receptus. An quia dictum fuit *Legati* numero ſingulari, videtur Stipulator plura corpora, ſeu plura legata, pro uno habuiſſe? Itaque ex deſtinatione hoc fit, quæ indicatio deeſt in *l.pluribus rebus, in princ. ff.eod.*

Non ita eſt, ſi pluribus rebus nominatim pactis, generalis ſtipulatio ſubjiciatur; habetur enim ſtipulatio pro multiplici. Exempli gratia, pluribus rebus præpoſitis, ſtipulatio ita facta eſt: *Ea omnia, quæ ſupra ſcripta ſunt, dari?* tot ſtipulationes ſunt, quot res, *l.Titia* 134.*§.ult.l.pluribus rebus* 140. *in princ. ff.eodem*. Hic enim licet ſingulæ res non exprimantur a Contrahentibus, fuere tamen ab iiſdem paciſcendo expreſſæ, quorum pactorum adſtringendorum cauſa facta eſt ſtipulatio, Cujacius in *d.l.ſcire debemus.*

Ceterum quamvis pro legato conſequendo plures actiones proditæ ſint, reivindicatio, hypotecaria, condictio ex teſtamento; tamen quia legatum eſt unum, inde legatarius pluribus ſimul actionibus uti non poteſt, ſed una electa, ceteræ tolluntur. Quæ ratio redditur in *l.cum filius* 78. *§.variis, ff.de leg.*2.

De Re una in diſtributione temporum.

Stipulatio annua una eſt in omnibus annis, quamvis multæ præſtationes ſint, quarum quælibet in principio anni cujuſcunque facienda eſt. Id tamen verum eſt de ſtipulatione annua incerta, & perpetua, Pomponius in *l.ſi Stichum* 16.*§.*1. *ff.eodem.* Quippe hæc ſtipulatio, *Promittis mihi annua decem, vel quotannis, vel in ſingulos annos*, una eſt & perpetua, quia tranſit ad heredes, ex *l.Veteres, C.de contrahenda ſtipulatione*: & ideo eſt incerta, quia ſumma pecuniarum, quæ in omnibus annis ſolventur, ignoratur. Et ita non ſunt contraria perpetuum, & incertum, ut putabat Baldus in *d.l.*16. qui propterea temere Pomponium beſtiam appellat; quippe hæc duo non accipiuntur utrumque de tempore, quo caſu eſſent contraria, ſed unum de tempore, alterum de quantitate, ſeu ſumma.

amen ob ſuſpicionem fraudis locationem ita factam valere negant, Covarruvias 1. *variarum* 16.

Alia via ac ſtipulationes procedunt legata annua, partim ſimili, partim diſſimili. Nam ſi decem in ſingulos annos legata ſint, plura ſunt legata, tot ſcilicet, quot ſunt præſtationes, *d.l.*16. *§.*1. *ff.eodem.* Sed id legatum non eſt perpetuum, ſicut eſt ſtipulatio annua, ut quod morte legatarii finitur, *l.*4. *l.in ſingulos* 8. *ff.de annuis legatis*. Ratio eſt, quia legatum annuum fit gratia legatarii, ut ſit ei alimentorum vice: Stipulatio vero annua ita concipitur gratia promiſſoris, qui ſolvere debet, ne oneretur ad totam ſummam ſemel præſtandam. Solent enim teſtatores annua, aut etiam menſtrua relinquere alimentorum nomine, quamquam id non exprimant, moti vel miſericordiæ cauſa, ut dicitur in *l.qui bonis, ff.de ceſſione bonorum*, nempe quia is, cui relinquunt, inopia laborat, & nihil habet, unde vitam tolerare poſſit: vel moti providentia legatariorum, qui rem ſuam familiarem tueri non poſſunt; ut dicitur in *l.Quintus Mutius ad finem, ff.de annuis legatis*. Unde fit, ut legata annua, vel menſtrua morte legatarii finiantur, ad inſtar Uſusfructus, & ad heredem redeant, a quo præſtabantur: quippe alimenta morte alimentarii finiuntur, *l.cum hi*, *§.modus*, *ff.de tranſaction.* & ideo Martialis ait, eum cui legata ſunt annua, morientem ea debitori legare videri, id eſt, eorum liberationem. Verſus hi ſunt *lib.*9.

Nil Tibi legavit Fabius, Bithinice, cui Tu
Annua, ſi memini, millia ſena dabas.
Plus nulli dedit ille, queri Bithinice noli,
Annua legavit millia ſena Tibi.

Niſi forte legatum annuum uſque ad certam conditionem relinquatur, veluti donec nubat; quo caſu per nuptias finitur, non expectata morte, *l.legatum ita eſt, ff.de annuis legatis*; vel uſque ad certam diem, veluti donec annum decimum octavum compleverit, *l.Liberto* 21. *§.filium*, & *§.largius*, *ff.cit tit.*

Quoniam ergo teſtator in legato annuo alimenta præſtare intendit, quæ non ſemel præſtantur, ſed vel in ſingulos dies, ut accidit in legato ſimplici alimentorum, vel in ſingulos menſes, aut anno, ut in legato menſtruo, aut annuo: propterea intelligimus teſtatorem non unum voluiſſe facere legatum, ſed multiplex, diviſum in tot legata, quot ſunt alimentorum præſtationes faciendæ. Non ita eſt ſtipulatione, quæ ideo fit annua, ut ne promiſſor oneretur totum debitum unica vice, & unica ſumma ſolvere, quæ ipſius promiſſoris commodo dividitur in plures præſtationes. Vide in *l.ſi cum præfinitione* 20. *ff.quando dies legatorum.*

Hinc I. intelligimus, quid dicendum ſit de legato relicto annua, bima, trima die. Nempe quia teſtator gratia exonerandi, & ſublevandi heredis illam unicam ſummam in tres penſiones diviſit, ideo unicum erit legatum; ita ut penſiones tres non conſtituant tria legata, ſed ſint tres

Kk par-

partes unius legati, Cujacius in *l.ſi legatum, ff.de annuis legatis.*

II. Intelligimus, legatum annuum, ſi non alimentorum cauſa relinquatur, ſed exonerandi heredis gratia, unicum eſſe legatum. Id autem colligitur ex præfinitione annorum, addita alia conjectura; ſola enim annorum præfinitio non ſufficit, *d.l.ſi cum præfinitione*. Exemplum eſto ex *l.Firmio,§.pater,ff.quando dies legatorū*, ubi pater voluit uxorem annua tot præſtare filio ex fructu bonorum, quæ eidem uxori legavit, addita præfinitione temporis, ideſt uſque ad annum 25. Quæſitum eſt, legatum iſtud, vel potius fideicommiſſum annum, utrum unum eſſet, an multiplex? Et licet regula ſit, legatum annuum, & fideicommiſſum eſſe dividuum; tamen Papinianus ait, unum iſtud eſſe fideicommiſſum certis penſionibus diviſum. Et ſpecialis caſus eſt, cujus ratio nititur ſimul in præfinitione annorum, & ſimul in eo, quod teſtator voluit fideicommiſſum præſtari ex fructu bonorum, quæ uxori legavit; inde enim conjicitur, plures præſtationes non fieri gratia alimentorum, quo caſu multiplex legatum eſſet, ſed fieri gratia legatarii, qui gravatus erat: nam ut commode fideicommiſſum ſolveret, juſſit teſtator expectandos fructus, ſcilicet ut iis divenditis, ex pecunia redacta fideicommiſſum præſtaretur. Quocirca eſt annuum legatum ſimile ſtipulationi annuæ, & inde unum legatum dicitur.

III. Intelligimus, quid dicendum ſit, ſi legatum annuum ita alterne concipiatur, *Do lego annua decem, vel pro his ſervum in ſingulos annos*; cum enim legatum iſtud annuum ſit multiplex, poterit legatarius primo anno petere decem, ſecundo anno petere ſervum, atque ita ſubinde mutare ſententiam, *argumento ex l.ſi ex toto, §.ſi ita, ff.de leg.1.* ubi hæc variatio, & mutatio ſententiæ non licet, quia legatum alternatum erat unum: quare cum in noſtra ſpecie non ſit unum, ſed multiplex, conſequens eſt, ut licita variatio ſit. Ita etiam accidit in *l.ſi ſterilis, §.ult. ff.de actionibus emti*, ubi quidam vendidit domum, & excepit ſibi habitationem, donec viveret, aut in ſingulos annos decem: quo caſu electio eſt emtoris, ſive debitoris, juxta regulam Juris in *l.plerumque, §.ult. ff.de Jure dotium*. Statuitur ergo, emtorem poſſe primo anno præſtare decem, ſecundo habitationem, atque ita porro in ſingulis annis mutare ſententiam; quoniam enim iſta præſtatio annua eſt, facta in gratiam debitoris, cujus etiam electio eſt, ideo duæ videntur eſſe obligationes, ut Bartolus *ibidem* ait: unde variatio permittitur.

Ceterum ubi ſtipulatio annua eſt una, vel legatum annuum unum eſt, ſatis eſt ſtipulatorem, vel legatarium initio capacem fuiſſe: cum eſt multiplex, ſingulis annis capacitas exigitur, *l.Senatus, §.ult. ff.de donat. cauſa mortis, l.cum in annos, ff.de annuis legatis, l.1. §.ſi in annos, ff. ad l.Falc. l.cum in annos, §.1. ff.quando dies legatorum.*

Præterea ſtipulatio annua, cum eſt una, pura eſt in omnibus annis, *l.eum qui ita, §.qui ita, ff.eod. §. at ſi ita, Inſtit.de verbor.oblig.* & latius ibi diximus. At legatum annuum, ubi multiplex eſt, primo anno purum

eſt,

Digitized by Google

eſt, ſequentibus vero annis conditionale, *l.ſi in ſingulos, ff.de annuis legatis*, *l.* 1. *§.ſi in annos, ff.ad l Falc.* quippe in ſequentibus annis tacite ineſt conditio, ſi legatarius vixerit, ſaltem aliquandiu in principio anni. Itaque primi anni legatum ſtatim a morte teſtatoris debetur, & legatario moriente, transmittitur ad ejus heredem, quaſi purum legatum: ſubſequentis vero anni legatum, utpote conditionale, non tranſmittitur ad legatarii heredem, niſi legatarius in ingreſſu anni deceſſerit, *d.l.ſi in ſingulos*, *l.a vobis, ff.cit.tit.*

Tandem ſi ſervo annuum legatum multiplex relinquatur, qui ſervus poſt unum, alterum ve annum fiat liber, legata in ſequentibus annis præſtanda ſibi acquiret, cum nova legata ſint. Idem eſt, ſi relictum fuerit filiofamilias, qui deinde emancipetur, *l.nec ſemel, ff.quando dies leg.* Secus eſt in ſtipulatione annua, cum una eſt in omnibus annis; nam licet filiusfamilias emancipetur, uſusfructus tamen rerum in ſtipulationem deductarum etiam pro annis poſt emancipationem decurſuris, pater ſibi acquiret: & ſervo manumiſſo, ſemper Dominus res ſtipulatas accipiet; quia id tempus ſpectatur, quo contrahitur, *l.ſi filiusfam. ff.eod.*

De Re una ob pretium, vel mercedem.

HÆc tractatio privatim ad venditionem, & locationem pertinet. Et I. quidem circa venditionem, plura invicem diſtinguenda ſunt, in quibus Bart. Zaſius, Alciatus, ceterique in *l.ſcire debemus, ff.eod.* varie ſe implicant. Imo nec ipſe, qui Juris nodos, legumque ænigmata ſolvit, nec ipſe, inquam, Cujacius in *l.cum ejuſdem, ff.de ædil.edict. tract.6. ad Africanum* recte expedire potuit.

I. Si res una pluribus pretiis vendita ſit, plures quoque venditiones celebratæ videntur. Exemplum eſto, tres ſocii communem fundum habent pro indiviſo, partibus æqualibus, aut diſparibus, eumque fundum vendunt, tribus expreſſis pretiis. Primus, qui eſt Dominus trientis, vendit partem ſuam viginti. Secundus Dominus ſextantis, vendit decem. Tertius, cujus eſt ſemis, vendit triginta. Non una venditio eſt, ſed triplex, *l.quod autem, §.fin. cum l.ſeq. ff.de in diem addict.*

Pone ergo fundum venditum hac lege, ut ſi intra tot dies melior conditio offeratur, ſit inemtus: quod dicitur in diem addictio; & duo ex ſociis venditoribus partes ſuas ſecundo emtori addicant ob meliorem conditionem oblatam, tertio non addicente ſuam; hæc tertia tamen pars apud priorem emtorem remanebit, duæ reliquæ, redditis pretiis, auferentur. Nempe quia ob varia pretia triplex venditio fuit, *d.l.quod autem*, *§.ult.* Quod ſi uno pretio venditio facta ſit, quia una quoque venditio eſt, addictio niſi in totum fieri non poteſt, *l.quod ſi uno, ff.cit.tit.*

Quod ſi variis pretiis venditum ſit, emtor tamen ita pactus ſit, niſi

Digitized by Google

totum fundum emtum nolle ſe habere ; tum ob addictionem unius partis factam ab uno ex ſociis , totum fundum reſtituet, recepto pretio, *d.l. quod ſi uno, §.Celſus quoque.*

Hæc facile trahi poſſunt ad reivindicationem . Pone enim iterum fundum tribus pretiis venditum : vindicatur pars primi ſocii ; hic ſolus de evictione tenetur ; quod ex *cit Jurib.* nemo ambiget.

II. Si plures res non ſolum difformes , ſed etiam uniformes , veluti plura mancipia , plures mulæ , uno pretio vendantur , plures ſunt venditiones, *l.& ſi uno, ff.de actionib.emti.* Quod verum eſt, etiamſi uno nomine plures res comprehendantur, ut ſi vendita ſit polia, ideſt armentum equuleorum, vel vendita ſit familia, quæ ex tribus ſervis conſtat,& vendita ſit uno pretio , plures venditiones ſunt , *l.ædiles 38. §.cum autem , verſ.nam ſi polia,ff.de ædilitio edicto.* Verum quoque eſt, tam ſi per averſionem celebrata venditio ſit, id eſt, ſi confuſe univerſis mancipiis conſtitutum pretium fuerit, quam ſi conſtituto pretio in ſingula capita, poſtea omnium pretia redacta ſint in unam ſummam, *l.ſi plura, ff.cit.tit.*

Itaque ob morbum vitiumve unius mancipii , cetera ex edicto ædilium non redhibentur, ſed illud tantum, quod morboſum , aut vitioſum eſt, *d.l.ſi plura, d.l.38. §.ſi plura.* Illud intereſt, quod ubi pretium confuſe conſtitutum fuit, pro bonitate ejus , quod redhibetur, æſtimatio fiet, eaque reddetur emtori , *l.Labeo in princ. ff. cit. tit.* at ubi fuit ſingulorum certum pretium, reſtituitur id pretium , quod conventum de eo capite fuit, *d.l.ſi plura.*

Excipe I. cum ſine magno incommodo,aut pietatis offenſa, ſeparari non poſſunt, ut pater & filius , duo fratres : quippe venditio uno pretio facta pro una haberetur ; & pro uno morboſo, omnes redhibentur , *l.plerumque, l.vel fratres cum ſeq.ff.cit.tit.*

Excipe etiam ; ſi ſervi non ſolum uno pretio venditi ſint , ſed præterea ſani ſint promiſſi , una venditio eſt , & pro uno non ſano omnes redhibentur, *d.l.Labeo, §.idem ait.* Ratio eſt, quoniam qui ſanos promittit , omnes ſanos promittit , & videntur ſervi omnes ſub unica comprehenſione venire , unum finem reſpiciente , tanquam ſi ex deſtinatione unus corpus efficerent , *l.ſcire debemus, §.1. ff.eod.* Ita ex eodem Labeone qui ſervos ſiſtere promittit , omnes promiſiſſe intelligitur , & uno non ſtato, pœna in ſolidum committitur, *l.ſi ſervus,§.ſi plurium,ff.ſi quis cautionibus.*

Excipe tandem, ſi duo ſervi non ſolum uno pretio, ſed pariter emti ſunt; una enim venditio eſt, & altero ante venditionem mortuo, neque in vivo conſtat emtio, *l.ſi duos , ff.de contrahen. emtion.* Quo textu nixi ſunt Veteres cum Bartolo,ad probandum plurium ſpecierum venditionem uno pretio contractam,eſſe unam. Sed non attenderunt ad verba textus, quæ ſunt: *Si duos quis ſervos emerit pariter uno pretio , &c.* Pariter , id eſt, tanquam pares, cum niſi ambos emtos habere nolit , ut in *d.l.quod ſi uno, §.Celſus quoque.*

III. Si

Digitized by Google

III. Si plures ſervi ejuſdem generis ſint, veluti mimi, comœdi, tragœdi, choreutæ, item jumenta ejuſdem generis, ut mulæ pares, quadriga, & ſimilia, quæ ſeparari non poſſunt, & uno pretio vendantur, una venditio eſt, & cum unum in ea cauſa eſt, ut redhiberi debeat, omnia redhibentur, *d.l.38. §.cum autem, in princ. & in fin. l.cum ejuſdem*, ubi Cujac. *ff.de ædilit. edict.*

Obſtare videtur *ead. l.38. §.ſi forte*, ubi jugo mularum vendito uno pretio, tantum mula quæ vitioſa eſt, redhibetur; cum hoc tamen, ut non ex pretio tantum vitioſæ, ſed ex utriuſque ſit componendum, quanti minoris ſit.

Verum aliud eſt jugum mularum, aliud pares mulæ, ut conſtat ex *d.§.ſi forte, cum ſeq.* ubi Cajus hæc duo aperte diſtinguit, & ſeparat, quamvis confundat Cujac. *loc.cit.* nam jugum non neceſſario paria habet, cum poſſint ſub jugum mitti equus, & mula, ut Hiſpani facere ſolent. Itaque in paribus mulis uno pretio, una eſt venditio, in jugo plures venditiones, *d.§.ſi forte, cum ſeq.*

Sed ſi vendito Choro, vel quadriga, in ſingula capita pretium conſtitutum ſit, regula eſt, ut plures ſint venditiones. Excipe, cum manifeſtum eſt, non, niſi omnes quem emturum, vel venditurum: quod in comœdis, & ſimilibus plerumque præſumitur, quia non niſi omnes habere expedit, *d.l.cum ejuſdem.*

IV. Tandem ſi duo paria mularum ſint, quæ uno pretio emta proponantur, & una mula vitioſa ſit, vel unum par, tantum par vitioſum redhibetur, alterum non, *d.l.38. §.cum autem, verſ.ſed ſi duo*: ſcilicet duæ ſunt venditiones.

Obiter monemus, olim ſocium, ante judicium communi dividundo, ſive prædium pro diviſo, ſive pro indiviſo haberet, potuiſſe partem ſuam cuicunque vendere, hoc eſt tam extraneo, quam ſocio, Diocletianus in *l.3. C.de comm.rer.alienat.* Scilicet, quia nondum vigebat *προτίμησις*, hoc eſt *prælatio bonoris*, quam deinde induxit Flavius Conſtantinus Magnus, ut Jac.Gothofr. putat, ſed ſubſtulit Valentinianus Jun. in *l.dudum, C.de contr.emt.* quæ deſumta eſt ex *C.Theod.eod.tit.* ubi *προτίμησις* interpretatur *Honeſtas*. Eo tamen non obſtante, viget apud nos ex Federico I. in *conſtit.Sancimus*. Hactenus de Venditione, proximum eſt, ut videamus.

De Locatione.

I. SI locetur prædium in plures annos, certa dicta in ſingulos annos mercede, una locatio eſt, nec diverſitas præſtationum multiplicem reddit contractum.

Conſtat id ex *l.ſi uno, in princ. ff.locati*, ubi prædium ſuum quis co-

colono locavit per annos plures, certa ſtatuta mercede. Accidit, ut primus annus, læſis vi majore, id eſt tempeſtate, aliove caſu fortuito fructibus, ſterilis colono eſſet. Quare locator mercedem ejus anni remiſit. Sed variante fortuna, ſequentibus annis uberes fructus lecti ſunt. Quæſitum eſt a Papiniano, utrum obeſſet Domino remiſſio, an potius integra penſio etiam ejus anni, quo remiſit, exigi poſſet. Et reſpondet poſſe exigi, facta compenſatione ſterilitatis cum ubertate. Ratio deciſionis fuit, quia locatio, etſi facta in plures annos, ſeparatis in ſingulos annos penſionibus, una tamen eſt, & proinde annus frugiferus compenſatur cum ſterili, ut *ibid.* notat Ant. Faber; nam ſi plures eſſent locationes, certum eſt unam non compenſari cum alia. Hinc ergo, quando Dominus remittit mercedem primi anni ſterilis, intelligitur remiſiſſe ſub tacita conditione, niſi ubertas ſequentium annorum compenſationem cum ſterilitate fieri exigat, prout eſt ex natura locationis unæ, *l. ex conducto, §. 1. l. ſi merces, §. vis major, ff. locati.*

Et notandum eſt, in *d. l. ſi uno,* locationem ita factam per plures annos proponi, ut ſeparatæ ſingulis annis penſiones veniant præſtandæ; locatus eſt enim fundus tot nummis in ſingulos annos, uti conſtat ex eo, quod ob ſterilitatem unius anni proponatur remiſſa merces & penſio, & merces ejuſdem anni. Unde certum eſt, penſiones fuiſſe tot, quot anni.

Conſtat etiam ex *l. licet, C. de locato,* ubi pariter fundus fuit conductus certis annuis quantitatibus, & dubitatum eſt, utrum ubertas cum ſterilitate compenſetur. Ratio dubitandi eſt in illis verbis, *Certis annuis quantitatibus*, ex quibus poterat videri non una facta locatio, ſed plures pro numero annorum, ut ibi Accurſius obſervat in *gl.* 1. & tamen Antoninus Imperator reſpondet, compenſationi locum eſſe, id eſt conductionem eſſe unam. Rationem deciſionis ex eo petit Imperator, quia bonæ fidei contractus locatio eſt; ait enim, *Rationem tui juxta bonam fidem haberi recte poſtulabis.* Quippe bona fides facit, ut credatur, præſtationes fuiſſe diviſas in annos gratia debitoris, ne ſimul ad totius ſummæ ſolutionem urgeretur. Quare penſio eſt una obligatione, multiplex ſolutione.

Quod ſi objicias, ſtipulatio annua, bima, trima die, non una eſt, ſed dividitur in tres, quot ſunt anni, *l. pen. §. 1. ff. eod.* Ergo etiam locatio facta tot nummis in ſingulos annos. Reſponſio patet ex dictis, nempe id eſſe verum in ſtipulatione, quæ eſt contractus ſtricti Juris; at non in locatione, quæ bonæ fidei eſt.

Multo magis erit una locatio, ſi fiat una mercede, quæ deinde ex pacto dividatur in tot æquales præſtationes: ut ſolent locari domus, exempli gratia, triginta nummis in annum, quorum triens ſolvitur poſt quatuor quoſque menſes. Quo caſu nunquam dubitatum fuit, unicam eſſe locationem, cum una res ſit, & una merces.

II. Si

Digitized by Google

II. Si una ſit domus diviſa in plures contignationes, ſeu cœnacula plura, & locetur averſione, id eſt tota uno pretio, Græce ὑφ' ὁμάδα, ut eſt ſpecies textus in *l.& hæc diſtinctio*, ubi Cujacius *tract.8.ad Afric. ff.locati*, ubi quidam conduxit inſulam averſione, ut eam deinde locaret per ſingula cœnacula. Poteſt & opus conduci per averſionem, ut ſi quis acceptis pro mercede mille, onus aſſumat conſtruendi mihi domum ſua impenſa, ut in *l.opus, ff.cit.tit.* Hæc locatio per averſionem in re individua, eſt una, ut in opere averſione locato: in rebus, quæ commode dividi poſſunt, & ut plures haberi, erit multiplex; nulla enim hic ſubeſt diſparitatis ratio inter locationem,& venditionem: quare locatio plurium rerum una mercede erit multiplex, ut multiplex eſt plurium rerum venditio uno pretio, *l.ſi plura, ff.de ædilitio edicto*.

De Re una, in numero perſonarum.

Hereditas etiam in plures heredes diviſa, una eſt: nam uni duo pro ſolido heredes eſſe non poſſunt, *l.quod contra, §.1.ff.de reg.Juris.* Non enim dominium eſſe apud duos pro ſolido poteſt, *l.19.§.2. ff.de Caſtrenſi peculio*:nec plures eandem rem poſſunt in ſolidum poſſidere,*l.2.§.4. ff.de acq.poſſ.*ut in *d.l.quod contra, §.1.* notat Rævardus. Nec facit, quod quilibet heres repræſentet defunctum, *l.heres, ff.de uſucapionibus*; nam quilibet repræſentat totum, ſed non in totum, verum pro ea tantum parte, pro qua heres eſt: ſic Prætorum quiſque totum P. R. repræſentat, *l.3. ff.de officio ejus*, ſed non quiſque in totum, cum Prætores per Provincias diviſi ſint, *l.2. §.eumque Conſules, ff.de orig.Jur.*

Eo ſolum caſu quilibet heres repræſentat teſtatorem in ſolidum, quo de re individua agitur, ſcilicet ob neceſſitatem, quam natura obligationis inducit, *l.2.§.ex his, ff.eod.* Alciatus in *Avenionenſi prælectione ad §.Cato num.41.*

Hinc de pluribus heredibus, qui uni patrono ſuccedant, quæſitum eſt, an quiſque unam vocem habeat, an omnes unam? Et quidem Tancredus, Bernardus,aliique Veteres in *cap.2.de Jurepatronatus* crediderunt,in ſingulos patroni heredes, ſi plures fuerint, tranſire Juſpatronatus, tanquam rem individuam, in ſolidum, tam in quantum ad Jus præſentandi, quam in quantum ad cetera omnia, ex *d.l.2. §.ex his.*

Prælata tamen eis deinde eſt ſententia Hoſtienſis,qui Juſpatronatus habens ut rem dividuam,ut ita dicam,obligatione,ſolutione individuam, docuit plures unius patroni heredes, tanquam cauſam habentes ab uno, unam quoque vocem obtinere, *Clem.plures,de Jurep.* Et aperte colligitur ex *d. cap.2.* ubi ſi propter heredum diſſenſum Presbyter non præſentetur, vel plures præſententur, Eccleſiæ clauduntur oſtia, & ſigillo conſignatur, ne Sacrum Miniſterium celebretur, donec omnes pari voto, & con-

Digitized by Google

& conſilio unum e ligant. Quare Juſpatronatus pro re una in numero perſonarum habendum eſt; niſi Juſpatronatus familiare ſit, in quod potius Jure ſanguinis, quam hereditario ſucceditur, Tondutus *tom.1. reſp. Canon. cap.32.* quem vide. Alia via procedit Bellonus *Jure accr. cap.6. quæſt.48.*

Ex his & illud conſtat, hereditatem eſſe dividuam. Sicut enim uſusfructus, quamvis Jus incorporale ſit, tamen quia in Jure noſtro attenditur prout relatus ad fructus, propterea ſimpliciter dividuus exiſtimatur; ita hereditas Jus eſt, & tamen dividua: dividua, inquam, non modo in quantum ad res hereditarias, ſed etiam in quantum ad Jus ipſum, uti conſtat ex Ulpian. in *l.quoties, §.heredes, ff.de hered.inſtit.* ubi hæc habet: *Heredes Juris ſucceſſores ſunt: &c, ſi plures inſtituantur, dividi inter eos Jus oportet: quod ſi non fiat, omnes æqualiter heredes ſunt.* Ecce ut Jus hereditatis eſt dividuum, imo inter plures heredes etiam eſt diviſum: quocirca hereditatis XII. unciæ ſunt, quæ varie inter plures heredes diſtribui poſſunt, *l.interdum, §.1.ff.cit.tit.* Unde eſt, quod *uni duo pro ſolido heredes eſſe non poſſunt, l.quod contra, §.1. ff.de reg.Juris*; quidquid repugnet Hotom. *qq.ill.*19.

Objicies ex *l.1. §.item ſi, ff.ſi pars hereditatis*, ubi cum tres uni extitiſſent ex teſtamento heredes, qui ex ſemiſſe heres erat, poſſidebat pro diviſo non niſi trientem; ſtatutum eſt, ut pro reliquo, conveniret quemque duorum coheredum (quorum quiſque trientem pariter poſſidebat, cum tamen quiſque in quadrante heres eſſet) conveniret, inquam, in ſextantem, ſic ut a primo reciperet ſextantem, & redderet unciam, item a ſecundo. Verum ne hic circuitus fieret, in uncia admiſſa eſt compenſatio cum utroque herede.

Verum ex hoc textu perperam colligunt, hereditatem eſſe individuam: & nihil ad rem noſtram facit. Ratio enim, cur heres in ſemiſſe inſtitutus, poſſidens trientem, agit contra primum coheredem pro toto ſextante eſt, quia ſi ageret pro uncia, ſibi præjudicium faceret; videretur enim heres in quincunce. Opus ergo habet, ut dicat, *Sum heres pro parte dimidia, poſſideo trientem, deeſt ſextans. Hunc mihi redde.* Verum quia primus hic heres eſt in quadrante, & non poſſidet niſi trientem, ideo reſtituendo ſextantem, petet unciam.

Objicies etiam: heres non poteſt pro parte adire, & pro parte repudiare hereditatem, ita nec pro tempore, *l.Jus noſtrum, ff.de reg.Juris.* Ergo eſt individua.

Neganda eſt illatio; nam ex antecedenti propoſitione non infertur, hereditatem eſſe individuam, ſed eſſe unam; nam legatum etiam rei dividuæ nequit a Legatario pro parte agnoſci, quia unum eſt, non quia individuum; quare ex heredibus Legatarii poterit unus acquirere, alter repudiare, *l.Legatarius, in princ. ff.de leg.1.* ut ſupra latius.

Verum res individuæ ad heredes pro ſolido pertinent ad ſingulos; quia

Digitized by Google

quia eis lex XII. Tabularum non diviſit,quia nec potuit, *l.heredes*, *§.an ea*, *ff.fam.ercifc.* Hinc quia defenſio mortis, id eſt vindicatio, incumbit heredi ejus, qui occiſus eſt, ut dicitur in *l.neceſſario, §.ult. ff.ad Silanianum*; & defenſio individua eſt, *l.in executione*, *§.in ſolidum*, *l.cum ex cauſa*, *ff.eod.* propterea unicuique heredum incumbet in ſolidum.

Ex his reſolvitur aliud dubium. Si ex indulgentia Principis vel lege municipali alicui homicidium remittatur, ſub ea lege, ut & remiſſionem ab heredibus occiſi impetret intra certus tempus, quæritur an omnes & ſinguli heredes remittere debeant, an ſatis ſit major pars? Et verius eſt, ab omnibus remiſſionem impetrandam, quia vindicta, ſeu mortis defenſio ad omnes heredes pertinet in ſolidum; ergo etiam remiſſio mortis: quippe in contrariis par Jus viget. Et ſicut in illo caſu attenduntur heredes ſinguli, ut ſinguli, ita etiam in iſto, Jaſon, Zaſius, & alii in *d.l.4. §.Cato*, Can. cum Felino in *cap.cum omnes*, *de conſtitutionibus*. Quod verum eſt, quanquam mentio fiat heredis numero minori, Alciatus in *d.§.Cato*, *num.79. cum duob. ſeqq.* & in *Avenionenſi prælectione*, *num.*168.*cum ſeqq.* Angelus, quem ſequitur Zaſius in *§.Cato, num.*55. exiſtimavit, ſpeciale eſſe in eo caſu, quo inter heredes ſit aliquis ſanguine defuncto conjunctus, quippe hujus voluntati tanquam potioris ſtandum eſſe voluit, nequidquam heredibus extraneis repugnantibus. Quæ ſententia humanitatis prætextu ſolidam pervertit Juris rationem.

Nec obſtat, quod objicit Bartolus in *d.§.Cato*, *quæſt.ult.* nempe regula *l.quod major, ff.ad municipalem*; nam in iis rebus, quod major pars efficit, omnes effeciſſe cenſentur, quæ pertinent ad ſingulos, uti univerſos, non etiam in iis, quæ pertinent ad ſingulos, uti ſingulos, ut in ſpecie noſtra, *l.ſi autem plures*, *ff.de aqua pluvia*, *l.per fundum*, *ff.de Serv. ruſtic.* *l.reſcriptum*, *ff. communia prædiorum*, *cap. quod omnes*, *de reg. Jur. in 6.*

Procedit ergo regula *d.l.quod major* in electione,*cap.cum in Jure,de electione*: in concedendis debitori quinquennalibus induciis; nam pari quantitate debiti utrinque inventa, diſpari vero creditorum numero, amplior pars creditorum cauſa humanitatis attenditur, *l.ult. C.de ceſſione bonorum*, ubi vide latius. In quantum ad regulam, *Quod major pars, &c.* ea inſuper intelligitur locum habere, niſi minor pars ſanior ſit. Ita Panor.in *cap.Eccleſia 2.de elect.*& alii communiter explicant textum in *d.l.quod major*, *ff.ad municipalem*, ubi vide Gloſſ. Quod vero attinet ad textum in *l.ult. C.de ceſſione bonorum*, ſermonem habet in benignitate. Et textus in *cap.cum in Jure,de electione* loquitur, niſi in electo adſit aliquod Canonicum impedimentum. Et hæc habuimus dicere pro temporis anguſtia, de toto hoc tractatu. Ad honorem,& gloriam Sanctiſſimæ Triadis, quæ una & individua eſt in ſubſtantia,dividua & multiplex in perſonis.

Digitized by Google

De rebus creditis, ſi certum petatur, & De condictione, ad *lib*. 12. *Digeſtorum tit*. 1.

HAnc Rubricam ſatis per ſe involutam, ſuis etiam interpretationibus Doctores involutiorem reddunt. Nos eam ex Cujac. explicabimus in *l.ſi eum, ff.eod.tract.2. ad Afric.* Dividitur in partes duas. Prior eſt, *De rebus creditis, ſi certum petatur*. Poſterior eſt, *De condictione*. Illa eſt generalis, hæc ſpecialis.

In priori itaque parte venit *Res credita*, quæ dicitur eſſe in omnibus contractibus, quos alienam fidem ſequuti, inſtituimus. Ita pignus dicitur res credita, ut etiam commodatum, *l.1.§.1.ff.eod.*item promiſſio dotis, & ſtipulatio, *l.2.§.creditum*, *&§.verbis*. Quod attinet ad mutuum, id ſtricte & proprie, *creditum* dicitur; unde *in creditum ire*, pro ire in mutuum, *d.l.2.§.mutui*; & *creditores* illi proprie ſunt, qui mutuam pecuniam dederunt, & *debitores* qui pecuniam mutuam acceperunt, *l.creditores.l.creditorum, ff.de verb.ſign. l.omnem obligationem, ff.de judicis, Novell.4.§.fin.Harmen.3.Prochiri* 5.Propterea qui indebitum accepit ab eo, qui per errorem ſolvit, *eadem actione tenetur*; *qua debitores creditoribus*, *l.4. §. is quoque*, *ff. de O. & A.* hoc eſt perinde obligatur, ac ſi mutuum ei datum eſſet, *§.item is cui, Inſtit.de obligationibus*, *quæ quaſi ex contractu*, Cujac.8. *obſ.*34. qui indebitum eleganter *Promutuum* appellat. Quamvis hæc vera ſint, tamen in priori hac parte Rubricæ ſub nomine *Rei creditæ* mutuum non venit, *d.l.2. §.creditum*.

Non diſſimiliter res credita eſt, quæ ex contractibus incertis debetur. Incerti contractus ſunt innominati, qui quales ſint, non apparet, licet ex eis certum debeatur, *l.certi condictio* 9. Alia ratione incerta ſtipulatio dicitur, ex qua incertum debetur, *l.ubi autem*, *ff.de verb.obligat.* Incerta actio, ex qua incertum petitur, *l.cum res* 22. *C.de donationibus*. Incerta nomina, quæ ignorantur, *l.1.ff.de Senatuſconſ.Maced.*Merill.3. *obſ.*38.

Ex ultimis etiam voluntatibus, veluti ex cauſa legati, res credita dicitur. Vide in *l.ſi eum* 23. Ita quoque ſi fideicommiſſarius poſt reſtitutam ſibi hereditatem velit agere ex Senatuſconſulto Tertulliano contra debitores hereditarios, *d.l.certi condictio, §.competit*.

Eodem modo res credita eſt, quæ ex maleficiis præſtanda eſt; nam ex lege Aquilia, & ex cauſa furtiva dicimur creditores, *d.§.competit*.

Hæc vera ſunt, modo res ſit certa; quare in Rubrica additur, *Si certum petatur*: quæ ſunt priora verba Edicti Prætoris. Et certum dicitur omnis ſpecies, & omnis quantitas, de qua conſtat qualis, quantave ſit, *l.certum eſt*. Res incorporales incertæ ſunt, ut ſervitutes, poſſeſſio; quamvis alio trahat Rævardus in *l.quatenus, ff.de reg.Juris.*

Hinc actio, quæ inde oritur, eſt *Certi condictio*, *d.l.certi condictio*, quo-

Digitized by Google

quoniam actio perſonalis eſt; & ita concipitur, *Si paret eum dare facere oportere*, *§ ſic itaque*, *Inſtitut.de actionib.* At quæritur, unde Condictionis nomen veniat? Et eſt, quia debitori denunciamus eum dare facere oportere; nam priſca lingua *condicere* eſt denunciare, ut monet Juſtinianus in *§.appellamus*, *de action.* & Servius in Virgilium ait, in Jure Augurali condictionem eſſe denunciationem, cum denunciatur, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adſit, ut *ibid.* Cujacius notat. Ob eandem cauſam, quando ex ſtipulatione res certa petitur, certi condictio dicitur, *Inſtit.de verbor.obligat.in princ.*

Etſi vero *Crediti* appellatione contractus Depoſiti, Pignoris, & Commodati contineantur, non tamen pro eis datur certi condictio, quia nemo rem ſuam condicit, *d.§.ſic itaque*. Sub hac tamen exceptione, niſi dolo malo vel Depoſitum, vel Commodatum, vel Pignus inficiaretur, qui accepiſſet, *l.ſi quis inficiatus*, *§.ult. ff.depoſiti*, & ita Cujacius in *Paratitlis* hic intelligit textum in *l.4. §.res, ff.eod.* ubi, *Res pignori data, pecunia ſoluta, condici poteſt.* Aliter explicat Accurſius. Verius eſt, in omni caſu poſſe Pignus condici, non quidem Condictione certi, ſed Condictione Triticaria, ſi debitor tantum de poſſeſſione agat, ut jam dicam.

Condictio certi in pluribus a *Condictione Triticaria* diſtat, ex Cujacio in *l.centum Capuæ*, *C.de eo quod certo loco, tract.3. ad Afric.* Et I. Condictio certi eſt ſtricta: at Triticaria Condictio arbitraria eſt, & rationem admittit loci, temporiſque; namque in ea tanti lis æſtimatur officio Judicis, quanti merx, vel res debita fuit eo die, vel eo loco, quo dari debuit, *l.ult.ff.de condict.Tritic. l.quoties in diem, & ſeq. ff.de verbor.oblig.* quæ accipiendæ ſunt de condictione triticaria, non de condictione certi. Inde in condictione certi Judex ſervit ſcripturæ contractus, *l.2. §.nunc de officio*, *ff.de eo, quod certo loco.* In condictione triticaria Judex non ſervit formulæ contractus, ſed rem æſtimat ex ſuo arbitrio, die vel loco adjecto, quanti fuit eo die, vel loco, quo dari debuit; modo igitur pluris, quam fuit contractus tempore, modo minoris. Non adjecto die, vel loco, quanti fuit litis conteſtatæ, vel rei judicandæ tempore, *l.penult. & ult.ff.de condict. tritic.* nam in ceteris rebus immobilibus, aut moventibus, puta fundo, ædibus, homine, ſpectat rei judicandæ tempus, vel ſi homo interierit, mortis tempus.

Et huc pertinet textus in *l.vinum, hoc tit.* quia æſtimatio vini mutuo dari peti non poteſt condictione certi ex mutuo, ſed tantum ut vinum æque bonum reddatur, *l.3. ff.eod.* Peti igitur debet condictione triticaria, quæ arbitraria eſt, & datur ad æſtimationem propter varia rerum pretia, *l.ult. ff.de condict.trit.* juncta *l.ult.ff.de eo quod certo loco,* Merillus 3. *obſ.*31.

II. In condictione certi veniunt pecunia numerata, & res omnes corporales, non incorporales, quia incertæ: in condictione triticaria res corporales, & incorporales, tam certæ, quam incertæ, non tamen pecunia

numerata; *l.* 1. *ff. de condict. trit.* Cur ita vero? quia condictio triticaria datur ejus rei, quæ petitur, æſtimandæ cauſa: pecuniæ autem una, & certa æſtimatio eſt, *l.* 2. *ff. de in litem Jur. l.* 3. *ff. de eo, quod certo loco*: Non indiget igitur æſtimatore. Ceterarum rerum varia, & mutabilis æſtimatio eſt pro diverſitate locorum, & temporum, *l. pretia, §. ult. ff. ad legem Falcid. d. l.* 3. Inter res incorporales ſunt ſervitutes, & poſſeſſio, *l.* 1. *&* 2. *ff. de condict. trit. l.* 25. *ff. de furtis.*

Præterea Triticaria diſtat ab *Arbitrio de eo, quod certo loco*, ex mutuo, vel ex ſtipulatione, vel ex teſtamento, vel ex conſtituto; quia in triticariam pecunia non venit, in Arbitrariam pecunia venit: nempe quia in triticaria res petita officio Judicis æſtimatur: pecunia aut æſtimat, non æſtimatur, aut certe ejus ubique & ſemper una eademque æſtimatio eſt. Arbitraria æſtimat id, quod intereſt: cadit autem etiam in pecuniam id quod intereſt, *d. l.* 3. *ff. de eo quod certo loco*, Cujacius in *paratitlis, ibid.*

Nomen habet a tritico, quia (ut Stephanus Græcus interpres ait) olim in antiqua formula Condictionis triticariæ, quoties ſcilicet ſua cuique actioni conſtituta erat formula, tritici fiebat mentio: propterea quod ei, qui hanc formulam ſibi dari primus poſtulavit, forte res erat de æſtimando tritico, Cujacius in *l. ſi eum ſervum, ff. de rebus creditis, tract.* 2. *ad Afric.* & in *Paratitl. de condict. trit.* Non diſſimiliter crimen Stellionatus, nomen accepit ex eo, quod primo propoſitum fuit contra mulierem, quæ vinum, in quo ſtellio fuerat immortuus, pellici propinavit; nam facies eorum, qui inde biberint, lentigine obducitur, Plinius *lib.* 29. *cap.* 4. Ita conjectat Alciat. 1. *parerg.* 46.

Poſterior pars noſtræ Rubricæ eſt *De condictione*. Ita legitur in Pandectis Florentinis, & falſo in vulgatis eſt *De certi condictione*. Et hæc eſt, quæ proprie ad mutuum pertinet; *Condictio* enim ſimpliciter dicitur actio ex mutuo, ut conſtat ex §. 1. *Inſtitutionibus quibus modis re contrahitur obligatio*, ibi: *Et ex eo contractu* (mutui) *naſcitur actio, quæ vocatur Condictio*. Ita editio Cujaciana, & Theophilus, quanquam in vulgatis ſit, *Quæ vocatur certi condictio*. Condictio, ſeu actio condictitia dicitur etiam, quæ datur in Promutuo ad repetendam rem per errorem ſolutam, ut ibidem habetur. Condictio ex mutuo ſub uſuris dicitur *Actio Kalendarii* in *l. tutores, §. periculo, ff. de admin. tutorum.*

Datur etiam Condictio ex Conſumtione, quæ Condictionem ex mutuo imitatur, & a veteribus Juriſconſultis dicta eſt *Condictio de bene depenſis*, id eſt de nummis bona fide conſumtis, Theophilus *§. ult. Quibus alienare liceat, vel non.* Veluti ſi qui acceperunt pecuniam mutuam, Domini facti non ſunt; quare ſæpe evenit, ut ubi non eſt Condictio ex mutuo, ſit Condictio de bene depenſis. Et plures ex noſtro titulo leges ad eam referuntur; nam de ea agitur in *l. rogaſti, §. ult. ff. eod.* ubi ſi fugitivus, vel alius ſervus, contra voluntatem Domini credendo, nummos non facit

ac-

Digitized by Google

accipientis: qui ſi ſine dolo malo conſumſit, condici ipſi poſſunt. Ita quoque ſi fur nummos credendi animo dedit, vel ſi quis alienos nummos mutuos dedit, conſumtis eis naſcitur Condictio, *l.nam etſi fur, ff.eod. l.ſi quis pro eo, §.ſi nummos, ff.de fidejuſſoribus*. Ita ſi pupillus ſine tutoris auctoritate crediderit, aut ſolvendi cauſa dederit, conſumta pecunia, condictionem habet, vel liberatur, *l.non omnis, §.ult. ff. eod.* Cujacius in *l.pen. ff.eod. tract.8. ad Afric.*

Præter Condictionem triticariam, & de bene depenſis, de quibus jam diximus, agitur in hoc titulo ſparſim de Condictionibus aliis; nam de *Condictione ob injuſtam cauſam* agitur in *l.4. §.res pignori*, quod ſatis verba illa innuunt, *Et fructus ex injuſta cauſa percepti condicendi erunt*, nempe condictione ob injuſtam cauſam. Agitur de *Condictione ſine cauſa* in *l.ſi eum ſervum* 23. *l.ſi & me* 32. Ita quoque de *Condictione indebiti* in *l.cum fundus* 31. *§.ſervum tuum*. Quæ occaſionem dederunt Merillo 3. *obſ.*31. ut verba illa Rubricæ *De condictione* acciperet non de ſpeciali aliqua condictione, ſed generatim de condictionibus omnibus; quare invertit verba Rubricæ, & ita concipit, *De condictione, & de rebus creditis ſi certum petatur*, ut nimirum generalia præponantur. Alii aliter aut immutant, aut explicant. Sed a jam dictis recedendum non eſt.

De Pactis in continenti adjectis, ad textum in *l.lecta* 40. *ff. eod.*

LEx hæc deſumta eſt ex Paulo *lib.3.quæſtionum*, & multa habet, quæ pro ſententia ejus recte percipienda, perpendi debent: multa etiam quæ tanquam πάρεργα inſunt. Et in partes quinque tribuitur. In prima Cautio proponitur. In ſecunda, facti ſpecies, & deciſio Pauli, ibi, *Quæſitum eſt*. In tertia, objectio, ibi, *Pactum vero*. In quarta, reſponſio Pauli, ibi, *Sed cum fortis*. In ultima demum, exceptio. De ſingulis diſtincte, & per partes ſubjiciendo verba textus, agendum eſt.

Cautio.

PAulus: *Lecta in Auditorio Æmilii Papiniani Præfecti Prætorio Juriſconſulti Cautio hujuſmodi. Lucius Titius ſcripſi me accepiſſe a P.Mævio* XV. *mutua, numerata mihi de domo ſua. Et hæc* XV. *proba recte dari Kalend.futuris ſtipulatus eſt Publius Mævius, ſpopondi ego L.Titius. Si ea die ſupraſcripta ſumma P.Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit; tunc eo amplius, quo poſt ſolvam, pœnæ nomine, in dies* 30. *inque denarios centenos, denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt P. Mævius, ſpopondi ego L. Titius.*

Con-

Conventique inter nos, ut P. Mævio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere debeam denarios trecenos ex omni ſumma ei, heredive ejus.

Hæc eſt cautio lecta, ut Paulus ait, in Auditorio, ſeu Aſſeſſorio Papiniani, qui fuit Præfectus Prætorio, id eſt Palatio Principis, ſub Antonino Caracalla; Prætorium enim eſt omnis ampla domus, & præcipue Aula Principis; cujus Præfectus poteſtatem habet nulli æqualem, & vice ſacra judicat, ut ait Caſſiodorus 6. *variar.* 3. ut propterea a ſententiis ipſius ad Principem provocare non licet, *l.* 1. *ff. de officio Præfecti Prætorio.* Huic in his adſimilis eſt apud nos Præſes S.C. qui de cauſis vice Principis cognoſcit, & Jure extremæ provocationis utitur. Adſidebant autem Papiniano Paulus & Ulpianus, ut ex Lampridio habetur: & quidem de Paulo conſtat ex noſtra præſenti lege.

Ceterum Cautionis propoſitæ quatuor partes ſunt. In I. habetur Confeſſio mutui; fatetur enim Titius ſe a Mævio 15. mutua accepiſſe; & tamen ex ſequentibus habetur, ſummam fuiſſe majorem, quam 15. & ad multa denariorum centena ſe extendiſſe. Alciatus 3. *diſpunctionum* 2. interpretatur 15. ſeſtertia, quæ ſeſtertia a Veteribus notata ſunt duabus literis H. S. quæ videntur in noſtro textu per incuriam omiſſæ. Valet autem ſeſtertium quodque ducatos 25. ſeu nummos mille: quare ſeſtertia 15. ſunt nummorum quindecim millia. Itaque poſſes in noſtro textu etiam legere, 15. *millia*, intelligendo, *nummorum*, quæ ſumma conficit denarios 3750.

At vero Accurſius interpretatur XV. millia denariorum; quod ſequitur Cujacius *lib.* 3. *qq. Pauli*; quippe in toto hoc idiochiro ſemper denariorum mentio fit, nunquam nummorum, aut ſeſtertiorum. Et ita facilius emendatur noſter textus ſuperponendo temonem notæ illius numeri quindecim, ita $\overline{XV}$. nam temonis ſuperpoſitio eſt millium adſignificatio. Ita etiam emendandus eſt textus in *l. ſi teſtamento*, *§. quod ſi duo*, *ff. de fidejuſ.* ubi XX. eſt poſitum pro $\overline{XX}$. & X. pro $\overline{X}$. ut conſtat ex eo, quod *eadem lex* ſubjicit deinde expreſſe, *quinque millia*, tractans eandem ſpeciem, ut eſt in Pandectis Florentinis. Idem erratum eſt in *l. debitor*, *ff. de negotiis geſtis*, & in *l. duo*, *ff. pro ſocio.*

Hanc ſummam Mævius mutuam dedit, & numeravit *de domo ſua*; ut Paulus ait, ad diſcrimen ejus pecuniæ, quam quis ſolvit per argentarium, apud quem eam fœnori locandam depoſuit, *l. ſi quis ex argentariis*, *§. rationem*, *ff. de edendo*, *Nov.* 136. *de argentariorum contractibus.* Quod hic dicitur *de domo ſua*, id ex *arca ſua* eſt in *l. quidam*, *ff. de conſtit. pec.*

II. In Cautione habetur ſtipulatio ſortis creditori reddendæ Kalend. futuris, ideſt proximis, in hæc verba: *Et hæc* $\overline{XV}$. *proba recte dari Kal. futuris ſtipulatus eſt P. Mævius, ſpopondi ego L. Titius*: *Proba*, nam qui reprobos nummos ſolvit, minime liberatur, *l. eleganter*, *§.* 1. *ff. de pignor. act.* *Recte*, id eſt boni viri arbitratu, *l. hæc verba* 75. *ff. de verb. ſign.*

Quæ-

Quæres, quidnam in reddendo mutuo ſtipulatio operetur. Videtur enim fruſtra interponi;quippe ea omiſſa,mutuum petitur certi condictione, *§.1. Inſtit. quibus modis re contrahitur obligat.* ea vero adhibita, certi adhuc conditio oritur, cum res mutuo data certa ſit, *Inſtit.de verb.oblig. in princ.* Et utraque ſtricti Juris eſt,*§.actionum,Inſtit.de actionibus.* Utilitas tamen eſt,quia ubi numerationi ex continenti ſtipulor pecuniam dari, non oritur obligatio ex mutuo, ſed ex ſtipulatione, & ex iſta agam, non ex illo, *l.6. §.1. cum l.ſeq.ff.de novationibus*; quare nihil opus habeo diſcutere mutuum,cum ſit ſatis ſtipulationem producere. Præterea in ſpecie noſtra tempus reddendi additum eſt, id eſt Kal.futuris; & hujus temporis gratia recte etiam ſtipulatio ſubdita eſt, & non quidem in gratiam creditoris, ſed debitoris. Nam ſi fingas tempus nudo pacto additum, utique creditor ante tempus recte aget, nam pactum actionem non tollit, nec poſſet a debitore repelli, niſi oppoſita ex Jure Prætorio pacti exceptione, *l.Juriſgent. §.ſed cum nulla, ff.de pactis*. Quæ exceptio ante litem conteſtatam opponi deberet, cum dilatoria ſit, *l.filiusfam. §.veterani,ff.de Procuratoribus*; *l.fin. C.de exceptionibus*. At cum pacto addita ſtipulatio eſt, creditor ante tempus ſtatutum actionem non habet, & reus ipſo Jure tutus eſt; & ſi exceptione uti velit, eam tanquam peremtoriam, recte uſque ad ſententiam opponet, *l.4. & 8. C. cit.tit. l.2. C. ſententiam reſcindi non poſſe*. Utroque tamen caſu actori, quia plus tempore petit, ex conſtitutione Zenonis duplicantur induciæ, *§. hodie, Inſtitut. de except.*

III. Idiochirum continet alteram ſtipulationem, quæ eſt de uſuris præſtandis ex mora, ſi pecunia credita Kal. proximis ſoluta non ſit. Et eſt in gratiam creditoris, & habetur illis verbis: *Si ea die ſupraſcripta ſumma P.Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, ſoluta, ſatisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo poſt ſolvam, in dies 30. inque denarios centenos, denarios ſingulos dari ſtipulatus eſt P.Mævius, ſpopondi ego L.Titius*. Quoties ſtipulationi generatim adjicitur, *Eive, ad quem ea res pertinebit*, & arrogatorum, & eorum, qui Jure nobis ſuccedunt, perſonæ comprehenduntur, id eſt heredes, & bonorum poſſeſſo. *l.plura, §.1. ff.de O.& A.*

Uſuræ igitur in hac ſpecie ſunt denarii ſinguli in centenos, in dies 30. id eſt quoquo menſe; nam creditores cuique menſi non imputant, niſi dies 30. *l.ſi ita quis promiſerit, in princ. ff.de verb.oblig.* Quippe olim creditores ſtipulabantur uſuras in Kal. ſingulas: unde Kalendarii nomine in Jure noſtro ſignificantur pecuniæ fœnebres, *l.pen. ff.eod.* & condictio ex mutuo ſub uſuris dicitur *actio Kalendarii*, *l.tutores, §.periculo, ff.de admin. tutor.* Solebant tamen dies ſolutionis differre in Idus, *l.ſi ex pluribus, §.de ſolutionibus*. Horatius:

Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Kalendis ponere.

In-

Digitized by Google

Interim non negamus, aliquando uſuras fuiſſe annuas, *l.cum quidam, in princ.ff.de uſur.*

Porro denarii ſinguli in centenos quolibet menſe, efficiunt uſuram centeſimam, quæ eſt duodecim nummorum ſingulis annis in ſingulos centenos, ultra quam uſuram ſtipulari non licuit, *l.ſi pro mutua, C.eod. l.4. ff.de nautico fœnore*. Dicta eſt centeſima, quia centeſimus nummus quolibet menſe rependitur. Harmenopulus 3. *Procbiri* 7.

Hinc apparet, falſo in vulgatis libris legi: *In dies* 25. *in denarios centenos denarios ſingulos*, ut etiam legit Alciatus; nam ſi ita eſſet, tunc in XII. menſibus pro ſingulis centenis uſuræ excederent centeſimam duabus unciis cum duabus quintis. Perperam Alciatus ſcribit, exceſſum eſſe in duabus tantum unciis: & tamen Alciatus deridet Doctores, quod hujus legis calculum ponere neſciverint. Jam autem diximus, uſuras ultra centeſimas improbari.

In Pandectis Florentinis legitur, *In dies triginta quinque denarios centenos,&c.* Quod ſi recipias, fœnus in XII. menſibus pro ſingulis centenis erit ſextans cum duabus ſeptimis: quod eſt infra centeſimum. Sed hæc lectio palam corrupta eſt, quia deficit articulus *In*, ante *denarios centenos*. Quare omnino legendum eſt, *In dies triginta, inque denarios centenos*, ut poſuimus Cujacium ſequuti.

In uſuris neceſſe fuit, ſtipulationem adjicere; nam pecuniæ creditæ uſuræ, niſi in ſtipulationem deductæ ſint, non debentur, nihil ſuffragante pacto, quod de uſuris præſtandis ex continenti adjectum eſt, *l.Titius, ff.de præſcript.verbis*. De qua re latius infra.

Denum hic uſuræ poſt moram promittuntur *Pœnæ nomine*, ut ſunt verba Cautionis. Quod obſervandum eſt, quia infliguntur uſuræ, quaſi pœna ſit: ſtatuuntur enim in pœnam debitoris, non ob lucrum creditoris, *l.cum quidam, §.ſi pupillo, ff.de uſuris*.

IV. In Cautione poſt ſtipulationes ſortis, & uſurarum, ex continenti adjectum eſt pactum nudum, quo ejus ſortis ſolvendæ dies mutata eſt; pacti enim ſunt inter ſe debitor, & creditor, ut non Kal. proximis, ut in prima ſtipulatione caverant, debitor totam ſortem ſolveret, ſed ſingulis menſibus denarios trecentos tantum, quoad expleſſet ſummam XV. millium denariorum. Quæ penſiones menſtruæ collectæ in unam ſummam, efficiunt quotannis tria millia & ſexcentos, & explent ſortem totam anni quinti menſe ſecundo, id eſt menſe quinquageſimo. Quod ſi ponas cum Alciato ſummam creditam fuiſſe denarios 3750. Ergo ſi menſtrui refunduntur denarii 300. poſt annum ſupererunt denarii 150. qui videntur ſolvendi intra dies 15. menſis XIII. Alciatus tamen ait, hac ratione ſortem annua die reſtitui. Quod falſum eſt.

In hoc pacto nudo actum eſt tantum de ſorte ſolvenda diviſis penſionibus, & nihil de uſuris expreſſum eſt; nam ita verba habent: *Convenitque inter nos, ut P.Mævio ex ſumma ſupraſcripta menſtruos refundere de-*

Digitized by Google

debeam denarios trecenos ex omni ſumma ei, heredive ejus. Et hactenus de Cautione.

Facti ſpecies, & deciſio Pauli.

PAulus. *Quæſitum eſt de obligatione uſurarum; quoniam numerus menſium, qui ſolutioni competebat, tranſierat: Dicebam, quia pacta in continenti facta, ſtipulationi ineſſe creduntur, perinde eſſe, ac ſi per ſingulos menſes certam pecuniam ſtipulatus, quoad tardius ſoluta eſſet, uſuras adjeciſſet. Igitur finito primo menſe, primæ penſionis uſuras currere: & ſimiliter poſt ſecundum, & tertium tractum, uſuras non ſolutæ penſionis creſcere: nec ante ſortis non ſolutæ uſuras peti poſſe, quam ipſa ſors peti potuerit.*

Finge ergo pro facti ſpecie, tranſiit primus menſis a die contractus, ſeu pacti, & debitor primam penſionem, id eſt primos trecentos denarios non ſolvit: & ita etiam in ſequentibus menſibus accidit, ut debitor ſemper a ſolutione penſionum ceſſaverit. Quæſitum in Auditorio Papiniani eſt, ex quo tempore uſuræ deberentur, an ſcilicet deberentur uſuræ totius ſummæ ex die conſtituta in ſecunda ſtipulatione, id eſt Kal. proxime futuris; an potius deberentur uſuræ ſingularum penſionum a die in pacto appoſita, id eſt a fine cujuſque menſis?

Et Paulus ait, deberi a die pacto comprehenſa, id eſt tranſacto primo menſe currere ex mora uſuras tantum primæ penſionis, id eſt tercentum denariorum: præterito altero menſe, incipere tum curſum uſurarum alterius penſionis, & ita porro. Nempe, quia pactum reformat ſecundam ſtipulationem, & differt ſolutionem ſortis, id eſt facit, ut ſors XV. amplius non recte petatur Kalend. proximis, ſed ut petatur per partes, ſingulis menſibus trecenti denarii: inde fit, ut pactum differat etiam uſuras, id eſt ut uſuræ non debeantur, niſi pro rata parte penſionum ſua die non ſolutarum; nam, ut Paulus ait, non poteſt peti uſura ſortis, niſi & ſors ipſa peti poſſit, ut etiam habetur in *l. cum poſt. §. uſuras, ff. de Jure dotium.* Et quod de tota ſorte dicitur, verum eſt quoque de parte, ideſt ut eatenus tantum uſura peti poſſit, quatenus & ſors.

Dubium tamen eſt, quia pecuniæ creditæ uſuræ, niſi in ſtipulationem deductæ ſint, non debentur, *l. Titius, ff. de præſcriptis verbis.* Et hoc eſt diſcrimen inter contractus bonæ fidei, & ſtricti Juris, ut in contractu bonæ fidei, exempli gratia, in depoſito, uſuræ ex pacto ſtatim adjecto debeantur: at in contractu ſtricti Juris, uti eſt mutuum, uſuræ non debeantur, niſi per ſtipulationem, *l. Lucius Titius, ff. depoſiti.*

Huic tacitæ objectioni reſpondet Paulus, cum ait, *Pacta in continenti facta ſtipulationi ineſſe.* Quod a nemine hactenus animadverſum eſt. Et ſenſus eſt, pactum, quod ſtatim ſtipulationi ſubditur, haberi ac ſi in ipſa

ſtipulatione comprehenſum eſſet, ſeu tamquam ſi ipſum quoque in ſtipulationem deductum eſſet. Quare cum in ſpecie propoſita ex pacto dicantur dilatæ uſuræ, videntur dilatæ ex ſtipulatione. Doctores tamen aliter, atque aliter, prædicta Pauli verba explicant, & magnæ turbæ inter ipſos ortæ ſunt, quibus legi huic potius tenebras, quam lucem intulerunt; adeo ut vulgo dicatur *Lex lecta, non intellecta*. Operæ tamen pretium erit, videre:

Utrum Pactum in continenti adjectum inſit non ſolum ex parte Rei, ſed etiam Actoris.

QUÆSTIO UNICA.

EA pacta dicuntur ex parte actoris ineſſe, quæ ei actionem tribuunt. Qua in re Cujac. 10. *obſ.* 24. & Faber *epiſt.* 2. *ad Valentiam*, volunt diſtingui inter producere, ſeu parere, & formare actionem; ut formare actionem ſit, actionem, quæ ex contractu oritur, extendi etiam ad pactum: at producere ſeu parere actionem, ſit prodeſſe quidem creditori ad agendum, ſed ut non ei tribuat eam actionem, quæ deſcendit ex contractu nominato, cui pactum adjectum eſt, ſed aliam, tamquam ex contractu innominato, nempe præſcriptis verbis, & in factum. E diverſo dicuntur ineſſe ex parte rei pacta, quæ ipſo Jure reum tutum faciunt, qui propterea opus non habet uti exceptione pacti; nam pactum, quod exceptionem tantum tribuit, contractui non ineſt, ut patet ex noſtra lege §. 1. *eam ſi q.* Ergo cum ineſt, reo non eſt neceſſaria exceptio, ſed mero Jure tutus eſt, Cujacius hic, & 10. *obſ.* 24.

Præterea pacta, quæ inſunt, ea dant legem contractui: & inſunt ea tantum, quæ in continenti appoſita ſunt, *l. Juriſg. §. idem Marcellus, ff. de pactis*. In continenti, eſt illico, nullo actu interjecto, qui alienus ſit ab eo negotio, quod geritur, *l. 12. ff. de duob. reis*.

His poſitis, ſeparandi ſunt contractus bonæ fidei a contractibus ſtricti Juris; non enim par & æqualis in utriſque difficultas eſt.

Primo itaque pacta ex continenti ſubſecuta in judiciis bonæ fidei inſunt etiam ex parte actoris, & formant ipſam actionem, *l. Juriſg. §. quinimo, cum 4. ſeqq. ff. de pactis, l. in bonæ fidei, C. cit. tit.* Pone, vendidi tibi fundum, & ex pacto in continenti convenit mihi tecum, ut quandocunque, vel intra certa tempora ego, heresve meus, obtulerit tibi heredive tuo idem pretium, fundum revendas, & reſtituas; pactum id ineſt contractui, & format actionem. Quare ſi mihi parato præſtare pretium, recuſes revendere, agam contra te actione ex vendito, licet pactum extra contractum venditionis ſit, *l. ſi ſterilis, §. ſi tibi, ff. de actionib. empti*. Imo ſi velim, licet

mi-

mihi etiam præſcriptis verbis actionem proponere, quaſi fecerim, id eſt, vendiderim, ut facias, id eſt, revendas, *l.2. C.de pactis inter emtorem.* Cum utor actione ex vendito, pactum format actionem: cum præſcriptis verbis, pactum producit actionem, ſed non format.

Hæc vera ſunt etiam in pacto de uſuris ex contractu bonæ fidei præſtandis; nam ſi depoſui apud te 100. & paciſcar in continenti, ut te non reddente depoſitum, præſtes uſuras, lex contractus ſervanda eſt; & actione depoſiti petam uſuras, *l. Lucius Titius*, *l. Publia*, *§.1. ff. depoſiti*, *l.cum quidam*, *§. ex locato*, *ff.de uſuris*, *l.initio*, *C.de pactis inter emtorem*.

Horum omnium ratio eſt, quia bonæ fidei contractus eandem formam habent, quam pacta, id eſt conſenſum, *l.1.& 2. ff.de pactis*: propterea facile pactum cum ipſo contractu miſcetur: & quia judicia bonæ fidei laxiora ſunt, & verba illa Prætoris, *ex bona fide*, vel *ut æquius melius*, liberam poteſtatem arbitrandi Judici concedunt, Hotomanus in *§.actionum*, *Inſtitutionibus de actionibus*. Et conſtat aperte ex *d.l.Lucius Titius*, ibi: *Et eſt quidem conſtitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantundem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio. Et Arbiter* hic eſt Judex, qui in cauſis bonæ fidei ſedet. Excipe caſus *l.quod ſi locus*, *ff.de religioſ.& l.ſervus ea lege*, *ff.de ſervis export.* & *l.avia*, *ff.de Jure dotium*.

Ex eo vero, quod pactum actionem format, dicitur non ſolum ineſſe contractibus bonæ fidei, ſed etiam ineſſe bonæ fidei judiciis; nam ineſſe contractui, eſt, quod pactum tranſit in contractum: ineſſe judicio, eſt, quod format actionem, *d.§.quinimo*; Fab. *d.ep.2. reſp.4. in princ.*

Quod ſi pacta addantur contractibus bonæ fidei ex intervallo, hæc vel adjiciunt, vel detrahunt. Quæ detrahunt, inſunt contractui, & quidem utraque ex parte; nam & actionem tribuunt actori, & reum ipſo Jure tutum reddunt, etiam non oppoſita exceptione pacti. Quæ adjiciunt, non inſunt, nec ex parte actoris, quia ei actionem non tribuunt, nec ex parte rei, quia tametſi ad exceptionem proficiant ex edicto Prætoris, *Pacta juſta ſervabo*, tamen exceptionem opponi neceſſe eſt, nec ipſo Jure tutus eſt reus, *l.pacta convento*, *ff.de contr.emt.* ubi & illud habetur, hæc certa eſſe de pactis, quæ ſunt de adminiculis contractus. DD. *accidentalia*, ſeu *naturalia* vocant, ut exempli gratia, in contractu emtionis pactum, ne cautio duplæ præſtetur, ne venditor de evictione teneatur, detrahit adminiculis, & ineſt, quamquam ex intervallo adjectum: pactum vero, ut fidejuſſor præſtetur, adjicit emtioni, & non ineſt. Vide Cujacium *2.obſ.15.& 14. obſ.28.* Ratio diſcriminis præſtatur a Fabr. *loc. cit.* nempe, quia pactum detrahens eſt in eadem materia, adjiciens in alia.

Quod ſi pactum adjiciens, vel detrahens, non ſit de adminiculis, ſed de ſubſtantia contractus, tunc per pactum videtur receſſum a priore contractu, & novus contractus celebratus. Puta de ſubſtantia emtionis eſt res, conſenſus, & pretium. Fac igitur, pacto augeri, vel diminui pre-

tium, nova emtio eſt, revocata priore, *d.l.pacta conventa.*

II. De pactis in continenti adjectis contractui ſtricti Juris major difficultas eſt. Sed dubia a certis ſeparanda ſunt.

Nam ea pacta ineſſe ex parte rei, dubium non eſt. Et palam fit ex Paulo hic; nam quia ex continenti pacti ſunt debitor & creditor inter ſe, ut non Kal. proximis, ut caverant initio, debitor totam ſortem ſolveret, ſed ſingulis menſibus denarios trecentos tantum; inde Paulus ait, pactum non ſolum prodeſſe ad exceptionem, ſed etiam ineſſe contractui ſtricto, ſeu ſtipulationi; ita ut debitor ipſo Jure tutus ſit: non enim amplius debet neque ſortem, neque uſuras ex Kal. proximis, ſed in fine cujuſque menſis debet tantum trecenos denarios, & ab eo etiam tempore uſuræ ſingularum penſionum curſum ſuum ordiuntur. Hæc tantum Paulus habet, non etiam, ut pactum actori actionem tribuat, quod recte *ibid.* Cujacius monet, *lib.3. qqu.Pauli.*

Palam fit etiam, ex *l.4. §.ult. ff.de pactis*, ubi ſtipulationi puræ, *Decem dari*, ſtatim ſubjectum eſt pactum conditionale, ut donec uſuræ ſolverentur, ſors ne peteretur, idem Paulus ait, *conditionem ineſſe ſtipulationi, atque ſi hoc expreſſum fuiſſet*; id eſt actorem amplius non poſſe petere decem, cum ei uſuræ ſolvuntur, & reum ipſo Jure tutum eſſe.

Tota igitur difficultas eſt, utrum pacta adjecta in continenti contractibus ſtricti Juris, inſint etiam ex parte actoris? Et quidem Bartolus, quem ceteri ſequuntur in *d.§.quinimo*, voluit ineſſe contractui, & formare actionem, ut nullum hac in re ſit diſcrimen inter contractus bonæ fidei, & ſtricti Juris.

At vero Faber varie diſtinguit hic, & in *d.§.quinimo*, & late in *Epiſtolis ad Valentiam*. Docet enim, regulam eſſe, ut inſint ex parte actoris, ita ut producant actionem, non etiam forment. Finge, dedi tibi mutua decem, ut pro me Romam ires. Ait, id pactum producere mihi creditori actionem, ut te compellam ire Romam; at non agam actione, quæ ex mutuo, qui eſt contractus ſtricti Juris, deſcendit, hoc eſt non agam certi condictione; nam cum hæc actio ſtricti Juris ſit, ex Prætoriæ formulæ duritie, nequit extendi ultra fines contractus, exempli gratia, ultra quam numeratum eſt. Eſt autem extra cauſam numerationis, ut pro me Romam eas. Deficiente igitur actione ſtricta, agam præſcriptis verbis, cui locus eſſe ſolet, cum vulgares, & uſitatæ actiones deſunt, *l.2. cum ſeq. ff.de præſcriptis verbis*. Excipit ab hac regula Faber ſtipulationem, quæ licet ſtrictiſſima ſit, proprio tamen hoc Jure uti docet, ut pacta omnia ei adjecta ex continenti, ſive adjicientia ſint, ſive detrahentia, non ſolum inſint ſtipulationi etiam ex parte actoris, ad producendam actionem, ſed etiam ut forment actionem ex ſtipulatione competentem, ſive certi condictio ſit, ut cum certum eſt, quod petitur: ſive ex ſtipulatu, ut cum incertum eſt. Quare concludit, fieri poſſe, ut quod principaliter in ſtipulationem deductum eſt, petatur certi condictione, quia certum eſt: quod vero eſt

de-

Digitized by Google

deductum in pactum, petatur ex ſtipulatu. Et probat id ex noſtra *l.Lecta*, ubi generatim dicitur, Pacta in continenti facta ineſſe ſtipulationi.

Alia eſt Cujacii ſententia hic, & 10. *obſ.*24. pacta nullo modo ineſſe contractibus ſtricti Juris ex parte actoris, neque ad pariendam, neque ad formandam actionem, licet in continenti adjecta. Quam ſententiam Cujacius hauſit ex Juriſconſultis Græcis, id eſt ex Stephano in *l.rogaſti*, §.1. *ff.eod.* & ex noſtris ex Paulo Caſtrenſe hic. Eam ſequitur Valentia, & tuetur in *epiſtolis ad Fabrum*. Et vera eſt.

Et probatur I. ex *l.Titius, ff.de præſcriptis verbis*, ubi ex Aphricano habemus, pecuniæ creditæ uſuras, niſi in ſtipulationibus deductas, non deberi, nihil ſuffragante pacto, quod de uſuris præſtandis ex continenti adjectum eſt. Cur ita? nempe, quia ſumus in pecunia credita, id eſt in mutuo, qui eſt contractus ſtricti Juris: & pactum de uſuris nequit creditori tribuere actionem, ut ipſæ ſibi præſtentur; quare pactum iſtud, licet in continenti adjectum, nihil operatur, non ineſt. Idem habetur ex *l.idemque*, §.*ſi quis*, & ex *l.qui negotia, ff.mandati*, ex *l.ſi pro patre*, §.*ſed utrumque*,*ff.de in rem verſo*,& ex *l.*3.*C.de uſuris*.Id quod diximus,clarius eluceſcit ex comparatione contractuum bonæ fidei: nam ſi venditioni, exempli gratia, adjiciatur in continenti pactum, ut emtor donec pretium ſolverit, præſtet uſuras, uſuræ iſtæ ex pacto debentur, *l.Lucius Titius*, *l.Publia*, §.1.*ff.depoſiti*, *l.cum quidam*, §.*ex locato*, *ff.de uſuris*, *l.initio*, *C.de pactis inter emtorem*. Utroque caſu agitur de uſuris, & illis quidem conventis pacto in continenti adjecto. Quæ ergo eſt ratio diſparitatis? Certe non alia,niſi quia pactum in continenti factum in contractu bonæ fidei ineſt etiam ex parte actoris,in contractu ſtricti Juris non ineſt.

His omnibus legibus Faber opponit textum in *l.frumenti*,*C.de uſuris*, ubi habetur, *Frumenti, vel hordei dati acceſſio etiam ex nuda pacto præſtanda eſt.* Loquitur textus de contractu ſtricti Juris,uti mutuum eſt, cui pactum nudum de uſuris præſtandis adjectum eſt; & tamen Alex.Imperator ait, uſuras, ſeu acceſſiones præſtandas eſſe. Itaque Faber eo confugit, ut diſtinguat inter uſuras pecuniæ creditæ, quod in ſpecie *Fœnus* dicitur, & inter uſuras Frugum,quæ appellantur *Acceſſiones*;& fœnus ait eſſe quid odioſius, quam ut citra ſtipulationis vinculum deberi poſſit, quia pecunia non gignit pecuniam: at fruges gignunt fruges, & ea propter acceſſiones ut minus odioſas ex pacto poſse peti. Quod etiam docuit Balduinus in *Juſtin. lib.*1. *pag.*65.

Verum hæc ratio minime procedit;nam ſi odium fecit,ut pecuniæ creditæ uſuræ citra ſtipulationem non petantur; cur,quæſo,id tantum eſt in contractibus ſtricti Juris?cur non etiam in illis,qui bonæ fidei ſunt,in quibus petuntur ex pacto in continenti adjecto?Deinde licet verum ſit fruges gignere fruges,tamen vinum non gignit vinum,nec oleum gignit oleum; quippe uſuræ hujuſmodi in duplici genere ſunt,aliæ arentes,ut tritici,hordei;aliæ humentes,ut vini,olei,*l.quæcunque*,*C.Theod.de uſuris*:& tamen in utriſ-

Digitized by Google

utriſque idem Jus eſt; nam in utroque caſu licet uſuræ nomine dimidium petere, ut ibidem Conſtantinus ſtatuit. Quæ uſura eſt major legitima: eſt enim ſeſquialtera, *hemioliam* vocant Concilium Laodicenum *Can.4.* & Nicenum *Can.17.*

Itaque duo diſtinguenda ſunt. Aut quærimus, cur uſuræ frugum ſint majores legitimis: & id facit incerti pretii ratio, ut dicitur in *l.oleo, C.de uſuris.* Aut quærimus, cur pacto peti poſſint, etiam in mutuo; & in cauſa eſt, quia eo caſu mutuum ſpeciem exhibet contractus bonæ fidei, id eſt emtionis, ut recte ait Salmaſius de *ratione uſurarum pag.*354.& conſtat ex *l.periculi pretium, ff. de nautico fænore,* ubi ex cauſa periculi licet obligationem augere etiam pacto ſine ſtipulatione, idque augumentum appellatur *pretium periculi*, id eſt quaſi emtio venditio ſit, ubi pretium ſolummodo intervenit.

Probatur II. ex *l.rogaſti, §.1.ff.eod.* quæ docet, ſi tibi decem mutua dedero, ut undecim debeas; a me amplius quam decem condici non poſſe. Idem habetur in *l.ſi tibi, in princ. ff.de pactis.* Nempe, quia mutuum eſt contractus ſtricti Juris: & contractibus ſtrictis pacta ſubjecta ex continenti non valent ad agendum. E contrario, ſi tibi decem dederim, ut novem debeas, ipſe amplius ipſo Jure non debes, quam novem, *d.l.rogaſti, §.1.* Et recte, quia hic pactum eſt in gratiam debitoris, & propterea contractui ineſt.

Eadem ratio eſt in ſimilibus, ut puta ſi crediderim tibi decem metretas vini veteris, & pacto in continenti appoſito convenerit inter nos, ut totidem metretas vini novi reddas. Nam cum vinum novum ceteris paribus deterius ſit vino veteri, inde fit, ut pactum iſtud ſit in favorem debitoris, & per conſequens contractui inſit, ut eſt communis opinio apud Vultejum in *§.1. Inſtitutionibus, quibus modis re contrahitur obligatio.*

Alio ſe vertit Faber, qui pactum, ut datis decem, recipiantur novem, ideo valere putat, quia eſt detrahens: ideo autem non valere, ut recipiantur undecim, quia eſt addens. Quæ ratio nequit recipi; etenim pacti addentis, vel detrahentis diſtinctio non attenditur, niſi in pactis ex intervallo appoſitis, & tantum in contractibus bonæ fidei, *l.pacta conventa, ff.de contr.emt.* nam in contractibus ſtrictis pactum ex intervallo nunquam ineſt, & prodeſt reo ſolum ad exceptionem, *l.3. ff.de reſcind.vendit.* Nobis vero ſermo eſt de pactis in continenti adjectis, in quibus ſolum attenditur, utrum inſint, an ſecus, ut hic, & in *l.4.§.ult.l.Juriſg.§.quinimo, ff.de pactis, l.in bonæ fidei, C.eit.tit.* Nec facit, quod in *d.l.rogaſti, §.1.* dicatur, *Te ipſo Jure,* non amplius, quam novem debere; nam cum pactum ineſt ex parte rei, non ipſi prodeſt ad ſolam exceptionem, ut perperam objicit Faber; ſed eo debitor eſt ipſo Jure tutus, ut jam dictum eſt.

Probatur III. ratione, quia in contractibus ſtricti Juris, ut nomen ipſum demonſtrat, Jus ſtrictum locum habet; quod non patitur, ut ex pacto naſcatur actio, *d. l.Juriſg. §.idem Marcellus.* Secus eſt in

con-

contractibus bonæ fidei, ubi officium Judicis tantum pacto in continenti addito tribuit, quantum tribueret ſtipulatio, ut dicitur in *l. Lucius Titius, ff. depoſiti*. Hinc recte Ulpianus in *d. l. Juriſg. §. quinimmo*, loquens de pactis, quæ formant actionem, & inſunt etiam ex parte actoris, tantum de Judiciis bonæ fidei meminit, illis verbis: *Quinimmo interdum format ipſam actionem, ut in bonæ fidei judiciis; ſolent enim dicta pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis, &c.*

Neque vero ulla contra lex eſt, quæ id genus pacti probet in contractibus ſtrictis valere etiam ad agendum, quod eſt ineſſe ex parte actoris.

Non enim id probat *l. ſi ita quis promiſerit, §. Seja, ff. de verbor. oblig.* Species eſt: Seja hortos emit ſuis nummis, ſed mandato Titii: ac deinde Titio ſtipulanti cavit, ſe hortos tradituram, cum is pretium omne cum uſuris ſolviſſet. Demum inter utrumque in continenti convenit, ut Titius pretium cum uſuris ſolveret intra Kal. Apriles primas, & hortos acciperet. Scævola ait, Titium ſi non multo poſt Kal. Apriles pretium offerat cum uſuris, nec ulla in ea modici temporis mora ſit captio Sejæ, recte agere ex ſtipulatu hortos ſibi dari oportere.

Ex quo textu deducunt, pactum ſtipulationi ſubjectum in continenti valere ad actionem ex ſtipulatu Titio dandam. Sed perperam; nam actio, quæ ibi Titio tribuitur, non deſcendit ex pacto, ſed ex antecedenti ſtipulatione, quæ pacto immutata non eſt; quippe ex pacto nihil additum eſt, niſi tempus fixum, intra quod Titius ex ſtipulatu agere poſſet. Quare eo tempore tranſacto, Seja ſe dicebat eſſe ipſo Jure ob pactum tutam, nec a Titio ex ſtipulatione priore conveniri poſſe; ineſt enim ex parte rei. Contrarium tamen decidit Scævola, quia pretium cum uſuris *interpoſito modico tempore* poſt Kal. Apriles, oblatum fuit; modicum autem intervallum temporis in Jure pro intervallo non habetur; *l. duos reos 6. §. 1. ff. de duobus reis*: quocirca habetur tanquam ſi Titius intra Kal. Apriles pretium & uſuras obtuliſſet.

Nec rurſus id probat *l. nec ex Prætorio 28. ff. de reg. Juris*, ubi habetur: *Obligationum cauſæ pactione poſſunt immutari, & ipſo Jure, & per pacti conventi exceptionem*; nam hæc verba nihil de actore habent, omnia referuntur ad reum, qui aliquando eſt ipſo Jure tutus, cum pactum contractui ineſt; aliquando per exceptionem, cum non ineſt. Quare ait, obligationum cauſas, non cauſas actionum.

Et tandem non obſtat *l. petens, C. de pactis*, cujus verba ſunt: *Petens ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta eſt, ſeu anteceſſit pactum, ſeu poſt ſtatim interpoſitum ſit, recte ſecundum ſe ferri ſententiam poſtulat*. Non obſtat, inquam, quia ibi non agitur de pacto ſubjecto ſtipulationi, ſtipulationis reformandæ, vel emendandæ gratia, de quo eſt noſtra quæſtio; ſed omnino ſermo habetur de ſtipulatione adjecta pacto, pacti firmandi cauſa; ut clare oſtendunt verba illa, *Petens ex ſtipulatione; quæ placiti ſervandi cauſa ſecuta eſt*. Et hoc caſu lex ait, nihil intereſſe, præcedat,

cedat, an ſequatur pactum; nam ſi interrogem, Dari ea die, qua paciſcar, & illico poſt ſtipulationem paciſcar dari Idibus primis; perinde eſt, ac ſi pacto prius inito ſtipulationem addiderim. Simile eſt quod habetur in *l.ſi ita fuero, §.1. cum l.ſeq. ff. de novationibus*; ubi nihil intereſt, urum ſtipulatio pecuniam reſtitui, ſequatur mutuum, an præcedat numerationem; ſæpe enim fit, ut qui mutuam pecuniam daturus eſt, prius a futuro debitore ſtipuletur, eam ſibi reddi, quam numeraturus eſt, ut ſtipulatio præcedat mutuum, quia intellectu, & natura mutuum ſequi intelligitur, quamvis tempore anteceſſerit, *l.pecuniam, ff. eodem, l.18. §.1.ff.de ſtipulatione ſervorum*. Et hæc ſtipulatio perfecta quidem eſt, licet conditionalis eſſe intelligatur, quia ei ineſt hæc conditio, *Si poſtea eam pecuniam mihi numeraveris*; quia hæc conditionalis ſtipulatio ſtatim perficitur,& ex præſenti tempore vires accipit, ut dicitur in *l.uſusfructus, ff.cit.tit.*

Et de his quidem hactenus; quibus recte perceptis, facillime explicantur ea, quæ reliqua ſunt ex noſtra *l.lecta*, ad quam regrediemur.

Objectio Ulpiani, vel Papiniani.

Paulus: *Pactum autem, quod ſubjectum eſt, quidam dicebat ad ſortis ſolutionem tantum pertinere,non etiam ad uſurarum,quæ priore parte ſimpliciter in ſtipulationem veniſſent; pactumque id tantum ad exceptionem prodeſſe: & ideo non ſoluta pecunia ſtatutis penſionibus, ex die ſtipulationis uſuras deberi, atque ſi id nominatim eſſet expreſſum.*

Dum in Auditorio Papiniani præſens cauſa diſceptaretur, Paulo ſe oppoſuit Ulpianus, ut Faber putat, vel Papinianus ipſe, quæ Cujacii opinio eſt. Cenſebat ergo, non ſoluta parte ſortis primo menſe, retrorſum uſuras totius ſortis præſtandas ex Kal. proximis, quæ hic vocatur *dies ſtipulationis*, id eſt dies ſtipulatione comprehenſus; nempe quia pacto nihil de uſuris expreſſum eſt, & ſolum de dilatione ſolutionis loquitur; quare ſemel ac debitor in mora eſt, uſuræ ex Kal.illis proximis debentur. Quod licet pacto expreſſe conventum non ſit, ita tamen mens paciſcentium capienda eſt; aliter enim uſuræ nullæ deberentur;quia in contractibus ſtrictis uſuræ ex pacto etiam ex continenti ſubjecto peti non poſſunt, *d.l.Titius, ff.de præſcriptis verbis*. Itaque alterutrum ei videbatur dicendum, aut uſuras non dari; & quidem non debentur, ſi ex pacto poſt moram cujuſque penſionis petantur: aut ſi debentur, utique ex poſteriore ſtipulatione petantur opus eſse. Unde etiam illud fit,ut currant ſtatim a Kal. proximis, quæ eſt dies ſtipulatione comprehenſus.

Neque movebatur eo,quod Paulus ajebat,pactum ſtatim ſubjectum, ſtipulationi ineſse; id enim negabat, contendens pactum non ineſse, nequidem in favorem rei; ſed ei ſolum ad exceptionem prodeſse;ea fortaſse ratione,quia ſtipulatio non extenditur ultra ſuos fines,*l.ſi tibi,ff.de pactis.*

Re-

Reſponſio Pauli.

PAulus: *Sed cum ſortis petitio dilata ſit, conſequens eſt, ut etiam uſuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et ſi, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodeſſet pactum (quamvis ſententia diverſa obtinuerit) tamen uſurarum obligatio ipſo Jure non committetur; non enim in mora eſt is, a quo pecunia propter exceptionem peti non poteſt.*

Nihil opus eſse Paulus duxit, diſputare, utrum pactum inſit ſtipulationi, an non, cum eſt ſtatim ſubjectum; ait enim id ſuperfluum eſſe, cum jam ſtet in deciſis, jam receptam eſſe ſententiam, quod inſit; nec enim certa, & recepta in quæſtione ponenda ſunt. Nihilominus ad oſtendendam juſtitiam ſuæ ſententiæ, largitur interim adverſario, quod petit; dat enim, & non concedit, pactum non ineſſe, prodeſſe reo tantum ad exceptionem. Eo, inquam, pauliſper dato, adhuc ait, verum eſſe, uſuras totius ſortis ex Kal. illis futuris peti non poſſe, quia uſuræ non debentur, niſi ex tempore moræ, *l. cum quidam, §. ſi pupillo, ff. de uſuris*; nec in mora totius ſortis ſolvendæ intelligitur eſſe is, a quo tota ſors peti non poteſt, *l. ſi pupillus, ff. de verbor. oblig.* Quod utique eſt in ſpecie propoſita; nam creditor Kal. futuris totam ſortem petere nequit, ut qui, ſi petat, exceptione pacti repelletur; & inanis eſt petitio, quæ exceptione repelli poteſt, *l. ſciendum, ff. de uſuris; l. & eleganter, §. ſervus, ff. de dolo*. Ergo debitor poſt Kal. futuras in mora totius ſortis non eſt; quare nec ab eo tempore uſuræ totius ſortis peti non poſſunt. Hinc neceſſario fit, ut dilata petitione ſortis, intelligantur etiam dilatæ uſuræ; quæ propterea non committentur, niſi pro rata penſionum in fine cujuſque menſis non ſoluta.

Confirmatur ex *l. 8. §. illud, ff. de liber. legata*, ubi ſi teſtator juſſit a debitore ſuo intra certum tempus ſortem peti non poſſe; lex ait, heredem ejus interim, quandiu ſors non petitur, nec uſuras ejus temporis petere poſſe. Scilicet, quia dilata ſortis petitione, uſurarum etiam petitio dilata cenſetur.

Exceptio.

PAulus: *Sed ſi quantitatem, quæ medio tempore colligitur, ſtipulamur, cum conditio extiterit, ſicut eſt in fructibus; idem & in uſuris poteſt exprimi, ut ad diem non ſoluta pecunia, quod competit uſurarum nomine, ex die interpoſitæ ſtipulationis præſtetur.*

Poſtremo fatetur Paulus, ſpecialiter poſſe contrahentes inter ſe convenire, ut non ſolutis ſua die penſionibus, retrorſum uſuræ ex die ſtipulationis debeantur; ita tamen ut id nominatim exprimatur. Probat id

DOMINICI AULISII,

J. C. CLARISSIMI,

De Legatis, & Fideicommiſſis, ad 30. *Pandectarum librum, cum duobus ſeqq.*

ORDINIS ratio inter hos libros, & antecedentes, ita ſe habet. Egit Juſtinianus *de Teſtamentis* & *Codicillis*; proximum erat, ut aggrederetur ad Legata, quæ in Teſtamentis, & ad Fideicommiſsa, quæ in Codicillis fiunt. Quæ tractatio, quoniam ampliſſima eſt, & late diffuſa, propterea ipſam Juſtinianus in tres libros partitus eſt, hoc ordine, ut in primo libro ageret *de Rebus*, quæ legari poſsunt: in ſecundo, *de Perſonis*, quæ legant, & quibus legatur, id eſt tam de Legatoribus, quam de Legatariis: in tertio denique *de Interpretatione Verborum*, quibus Legata, & Fideicommiſsa concipi aut poſſunt, aut ſolent, ſive ſint ea verba concepta de Rebus, ſive de Perſonis.

Verum tamen eſt, quod hic Accurſius monet, eum ordinem non ita religioſe a Triboniano cuſtodiri, ut ab eo frequenter non aberret; ſæpe enim quod ſub uno libro erat collocandum, id in alium reperitur translatum. Quod cum Balduino *lib.2. de Jure novo*, nimiæ Triboniani feſtinationi tribuimus, qui dum triennio Pandectarum compoſitionem abſolvere nititur, non potuit in omnibus eam, qua opus erat, diligentiam præſtare. Nos rectam viam, & rationem, quæ in diſciplinis tradendis recepta eſt, pro viribus ſervare conabimur.

Interim notabimus, hanc *de Legatis*, & *Fideicommiſſis* tractationem in ſecundo anno quinquennalis noſtri ſtudii Juſtinianum explanari Schola-

ribus ſtatuiſse; qui eo anno appellarentur *Edictales*, ut in *Proœmio Digeſtorum*, *§.in ſecundo*, quamvis Edictum perpetuum, unde *Edictales*, olim non in ſecundo, ſed in primo anno addiſcendum traderetur, ut *ibid.§.& primo quidem*.

Neque hic ſtabit ſemeſtris noſter labor, ſed nonnihil attinget de his, quæ tertio anno ex Edicto Juſtiniani explicanda eſsent Papinianiſtis; explicabimus enim *l.in quartam, ff.ad l.Falc.* ubi erit videndum, quid heres ultra dodrantem legatis gravatus, vel fideicommiſso rogatus, in ſuam quartam, ſive Falcidiam, ſive Trebellianicam, imputare cogatur. Itaque ſit.

De Nomine Legati.

Q u æ s t i o I.

Legis ſumma diviſio eſt, ut una ſit publica, altera privata. Publicam, & privatam legem hic non capimus reſpectu ejus, in cujus gratiam lex lata eſt, ut in *l.1.§.hujus ſtudii, ff.de juſtitia & jure*; ſed intelligimus reſpectu ferentis, ſeu legiſlatoris, ut Publica lex hoc loco ſit, quæ a Populo, Senatu, & Principe, quæ Publicæ perſonæ ſunt, provenit: privata vero ſit ea diſpoſitio, quæ a teſtatore, homine nimirum privato, legis modo fit; etenim teſtator diſponendo legem condit, *§.diſponat, auth. de nuptiis*. Aliter accipitur lex publica & privata in *Can. duæ ſunt* 19. *qu.*2.

Inter Hebræos diſpoſitio teſtatoris vim habebat, non quidem legis, ſed decreti Judicialis, ex lege Dei in Numeris *cap.*27. *v.*11. ubi dicitur: לחקת משפט *lechukkath miſphath*, in decretum judicii, Seldenus *de ſucceſſionibus ad ll.Hebræorum cap.*24. Itaque ex Jure Hebraico teſtator eſt loco Judicis, ex Jure Romano ſubſtinet vicem Legiſlatoris. Et ad hoc reſpexit vulgatus Bibliorum interpres, qui ea Numerorum verba, quæ diximus, vertit, *Sanctum lege perpetua*.

Hinc ergo quidquid teſtator, aut publica perſona jubet, dicitur *legari*, quod verbum a lege deſcendit, ut *legare* tantundem ſit, ac legis modo jubere, imperare. Et quidem quod attinet ad publicam perſonam, Servius in 11. *Æneidos* ait (Ad verſum illum: *Finitimos tollunt in agros, Urbique remittunt*): *Senatus legavit, ne quis in Urbe ſepeliretur*, hoc eſt, legis modo ſanxit, quamvis alii legant, *lege cavit*. De teſtatore eſt lex Decemviralis *Tab.*5. *Paterfam. uti legaſſit ſuper pecunia tutelave ſuæ rei, ita Jus eſto*; docetque Pomponius in *l.verbis legis*, *ff.de V.S.* in XII.Tabulis, eo verbo *legaſſit* latiſſimam tribui poteſtatem & heredes inſtituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi. Libertatis dationem *legandi* verbo comprehendi, viſum quoque eſt Paulo in *l.generali*, *ff.cit. tit.* Imo non ſolum datio libertatis, ſed & aſſignatio liberti ſub nomine legati venit in *l.6.ff.de aſſign.libertis*, ubi pater ſervum, quem

vi-

Digitized by Google

vivus manumiſerat, filiofamilias legavit, & legandi verbo libertum aſſignaſse videtur.

Et quidem recte;nam in lege Solonis,unde lex hæc Decemviralis deſumta eſt,pro *legare*,generatim erat *διαθέσθαι*. hoc eſt, *diſponere*. Lex Solonis ita videtur fuiſseconcepta: *τὰ ἑαυ τῷ διαθέσθαι ἐστι, ὅπως ἂν ἐθέλῃ*. *Cuique de rebus ſuis diſponere licet, ut velit*, ex Demoſthene in *Stephanum orat*.2. Meurſius in *Themide Attica lib*.2. *cap*.13.

Ex hac generali ſignificatione legati fortaſſe factum eſt, ut vectigalia appellentur *legata*, quaſi indicta, & imperata, *l.Julianus*, *§.idem Julianus*, *ff.de actionibus emti*, ubi quis dicitur vendidiſſe fundum, qui fundus plura legata debebat, id eſt vectigalibus oneratus erat.

Verum deinde vel interpretatione legum, vel auctoritate Juriſconſultorum, *Legati* nomen coanguſtatum eſt, ut idem Pomponius ait in *d.l.verbis legis*; cœpitque eo nomine ſpecialis morientium diſpoſitio ſignificari, de qua hic nos agimus; legatum enim ita acceptum *legis modo teſtamento relinquitur*, quod ait Ulpianus in *fragm. hoc tit.* id eſt caſu recto, & modo imperativo relinquitur, veluti Titius fundum capito, heres fundum dare damnas eſto: quæ verba imperativa, *legatorum verba* dicuntur in *l.quod ergo lib.*1.

Uſu tamen receptum eſt, ut etiam non imperativo modo legata concipi poſſent, dum ea eſſent verba, quæ immediatam dationem denotarent, ut *do lego*, vel etiam *do*, *l.ſi ita ſcriptum*, *in princ. lib*.2. aut etiam *lego*, *l.Titiæ textores, in princ. lib*.1. Ita quoque ſi dictum ſit *dono*, *l.Aurelius*,*§.Titius Sejo*,*ff.de liberatione legata*. Sicuti uſu quoque receptum eſt, ut in inſtitutione pro illis verbis, *heres eſto*, diceretur *inſtituo*, vel *facio heredem*,vel *heredem eſſe jubeo*, *l.*1. *§.fin. ff.de hered. inſtit. l.quoniam indignum*, *C.de teſtamentis*; ut etiam dicendo *ſubſtituo*, fierent ſubſtitutiones, *l.jam hoc Jure*, *l.qui plures*, *l.coheredi*, *ff.de vulg.* Bellonus *de Jure accreſcendi cap*.7. *q*.3. a *num*.38.

At vero abuſu factum eſt, ut poſt introducta fideicommiſſa tempore D.Auguſti, quinque in noſtris libris *legati* appellatione ſignificetur fideicommiſſum, & in *l.Bæbius*,*ff.de pactis dotalib.* fideicommiſſum vocat Tryphoninus,quod ante *prælegatum* appellaverat, Cujac.4. *obſ*.23. Abuſu, inquam, factum eſt, propterea quod fideicommiſſum non relinquitur verbis imperativis,& legis modo, ſed verbis precariis, ut nihil minus videatur mereri, quam *legati* nomen. Ita quoque per abuſum donatio cauſa mortis *legati* nomine cœpit contineri in lege Aquilia,& Papia,uti conſtat ex *l.Senatus,in princ.ff.de mortis cauſa donationibus*,& in *l.fideicommiſſum lib*.3. quæ leges deſumtæ ſunt ex Paulo ad *l.Juliam*, & *Papiam*.

Præter legatum ita vulgo dictum,tres aliæ conſtituendæ ſuntappellationes legatorum diverſæ, *Relegatum*, *Delegatum*, *Prælegatum*. Nec audiendus Cujacius, qui aliter conſtituit in *l.omnia*, *§.*1. *lib*.2.

Relegatum eſt legati repetitio, ut ſi quis dixerit, *Uſumfructum Titio*

Digitized by Google

tio do lego, hoc legatum eſt: at ſi deinde ſubdat, *Et quoties capite minutus fuerit, eundem uſumfructum eidem do lego*, repetitio uſuſfructus relegatum eſt, uti conſtat ex Pandectis Florent. in *l.3. §. pen. ff. quibus modis uſuſfructus amittatur*. Hæc relegatio hodie intelligitur poſt deportati reſtitutionem, vel poſt libertatem acquiſitam. *V.Gl.* in *d.l.3. in princ.*

Delegatum eſt, ſi legatum mihi debitum ex alieno teſtamento, alii meo teſtamento delego, id eſt ſi actionem legati mihi relicti heredem meum alteri cedere, & præſtare jubeo. Et ita accipienda eſt *l.legata, ff.de conditionibus, & demonſtrationibus*, ubi legata conditionalia, antequam conditio extiterit, delegari non poſſunt; quamquam Accurſius ibi accipiat de delegatione, quæ liberat debitorem, alio reo creditori dato.

De Prælegato varia ſententia eſt. Vulgo id eſſe docent, quod extra partem hereditariam heredi præcipuum datur de communi pecunia, *l.Theopompus, ff.de dote prælegata*, juncta *l.cum reſponſo, C.de legatis*. Quod rejicit Cujacius in *l.idem eſt, ff.de reb.dubiis*; quandoquidem Prælegatum non ſolis heredibus relinquitur; quippe dos prælegatur uxori etiam heredi non inſtitutæ, *tit.ff.de dote prælegata*, ſi modo is titulus ita concipiendus eſt; nam Haloander cum Pandectis Florentinis legit, *de dote relegata*. Item prælegatur peculium ſervo, *l.10.* & *l.ult. ff.de peculio legato*. Ita quoque obligatio debitori prelegatur, *l.non ſolum 9. §.pen.ff.de liberatione legata*. Nec minus Domino prælegatur pretium ſervi ſui, *l.in ſervitutem, ff.de bonis libertorum*. Et tandem hoc verbo utimur, quoties cui res quodammodo ſua legatur, ut uxori dos, ſervo peculium, heredi pars hereditatis, ut notavit Stephanus Græcus Juriſconſultus ad *d.l. Bæbius, ff.de pactis dotalibus*: vel legatur res, quæ ipſum legatarium afficiebat, ut obligatio debitori, pretium ſervi Domino.

Non omiſerim Inſcriptionem Romanam, in qua hæc legas: *Jul.Valens leg.heres*. Quæ verba Th. Reineſius in *Indice cap.18.* interpretatur, *Legatarius heres*, quaſi Julius Valens fuerit heres, cui prælegatum ſit. Sed fallitur: legendum enim eſt, *Legitimus heres*.

Hæc tamen omnia in titulo noſtro ſub uno, & ſimplici nomine legati veniunt.

De Subſtantia Legati.

Quæstio II.

Legati in ſpecie accepti multæ extant in Jure noſtro Definitiones.

Prima eſt Florentini in *l.legatum eſt 119. lib.1.* quæ ita habet: *Legatum eſt delibatio hereditatis, qua teſtator ex eo, quod univerſum heredis*

redis foret; *alicui quid collatum velit*. Quæ definitio ſatis apte naturam legati exprimit, quod eſt modus acquirendi particularis, tribuens legatario particulam quandam ex hereditate decerptam, ſeu delibatam; nam *delibare* proprie eſt ſummis labiis aliquid deguſtare, & deguſtando diminuere: & per translationem hic traducitur ad legatum, quod eodem modo hereditatem diminuit. Unde D. Ambroſius in *Oratione funebri Satyri fratris*, hereditatem ſine legatis appellavit, *Non delibatam*. Itaque Juriſconſulti Græci *delibationem* recte interpretantur *diminutionem*; nam ita definiunt, *Legatum eſt* (*μείωσις τῆς κληρονομίας*) *diminutio hereditatis*, ut extat in Baſilicis *lib.* 44. *tit.* 1. *cap.* 105.

Fallitur vero Donellus in *Commentariis hoc tit.* cum legit, *Delibratio*, hoc eſt, ut ipſe explicat, diminutio libræ, ſive hereditatis, quæ as, pondo, & libra appellatur. Sed a vulgata lectione, quam etiam tuentur Pandectæ Florentinæ, recedendum non eſt; nam Latine *Delibrare* eſt exacta ponderatione uti, non etiam libram diminuere.

Ex qua Legati definitione videtur falſa definitio hereditatis tradita a Cajo in *l. nihil eſt*, *ff. de V. S.* ut ſit, *Succeſſio in univerſum Jus, quod defunctus habuit*; excipiendum enim videtur Jus dominii, quod in rebus pure legatis teſtator habet; hoc enim Jus recta via a defuncto tranſit in legatarium, nec heredi acquiritur, *l. legatum ita* 82. *lib.* 2. *l. a Titio*, *ff. de furtis*, & nos infra latius. Quare licet ab inteſtato nonnunquam heres (cum ſcilicet defunctus in Codicillis non legat) in omnia Jura defuncti ſuccedat: ex teſtamento tamen aliquando non in omnia ſuccedit, cum ſcilicet pure teſtator legavit; ita enim hereditatem delibat, & non relinquit heredi, quod univerſum ejus foret, ut Florentinus ait.

Hinc fortaſſe dicendum eſt, verba Caji non eſſe definitionem hereditatis, ſed potius regulam. Diſcrimen inter utrumque eſt, quia definitio dicit ſemper, *l.* 1. *§. dolum*, *ff. de dolo malo*; regula vero dicit ſæpe, ut palam eſt ex titulo *de regulis Juris*: & ſæpe verum eſt, hereditatem eſſe ſucceſſionem univerſi Juris, non etiam ſemper.

Ex quibus intelligimus, cur Theophilus in *Inſtitutionibus*, *titulo per quas perſonas nobis acquiritur*, *in fine*, definiendo modum univerſalem acquirendi, uti eſt hereditas, ita dicat: *Eſt cum una res quidem eſt, quæ geritur, ſed multa ſub uno dominii noſtri fiunt*. Notandum enim eſt, non dicere *omnia*, ſed *multa* acquiri ſub uno, hoc eſt, ſimul & unico titulo: ita enim heres ſimul atque adit, multa teſtatoris Jura adipiſcitur ſolo hereditatis titulo. Idipſum obſervare eſt in reliquis tribus univerſalibus acquirendi modis; nam quamvis olim arrogato patrefamilias, omnia quæ ejus erant, exceptis iis, quæ capitis diminutione pereunt, tranſirent in eum, qui arrogabat, *l. ſi paterfam.* *ff. de adopt.* hodie tamen ex Juſtiniani conſtitutione, arrogator in bonis adventitiis arrogati tantum uſumfructum habet, ad ſimilitudinem naturalium parentum; *l. cum oportet*, *C. de bonis*, *quæ liberis*. Hoc etiam in bonorum poſſeſſione, & addictione locum habere, facile patet.

E con-

E contrario legatum eſt modus acquirendi particularis, qui modus ab eodem Theophilo dicitur eſſe, cum una res geritur, & una res nobis acquiritur. Quod veriſſimum eſt: ſive enim uſucapionem conſideremus, ſive donationem, ſive legatum, ſive aliam quamcunque acquiſitionem particularem, una res geritur, & una ſpecies, vel una ſumma acquiritur.

Unde patet decipi quotquot Theophilum ita interpretantur, ut cum dixit, unam rem acquiri, intelligant unum Jus: decipiuntur ideo, quia per contractus tantum acquiritur Jus, ſive in perſonam, ut in emtione, ſive in rem, ut in pignore, & hypotheca: at per modum acquirendi quæritur nobis res ipſa, ſive dominium in re. Quod ſi teſtator leget Jus, quod ipſe habet, ut in nomine debitoris, tunc Juris illius dominium reliquiſſe intelligitur. Verum hæc latius a nobis in *tit. de Donationibus* explicata ſunt.

Monet Cujacius hic ad *l.1. lib.1.* legatum dici *delibationem hereditatis*, ut diſtinguatur a fideicommiſſo, quandoquidem *delibatio* verbum eſt directum, quo ſignificatur per legatum ipſo Jure hereditatem minui. Quod non eſt de fideicommiſſo, per quod hereditas non diminuitur, niſi poſt traditam poſſeſſionem ab herede ipſi fideicommiſſario, *l. qui uſumfructum, ff. ſi uſusfructus petatur.*

Præterea notandum hanc Florentini definitionem eſſe ſecundum mediam Jurisprudentiam, id eſt ſecundum legem Falcidiam; nam ex legibus Decemviralibus poterat hereditas non ſolum legato onerari, ſed etiam exhauriri. Dicitur exhauriri hereditas, cum totus as abſumitur: onerari vero, cum legatum ultra dodrantem ſe extendit. At lege Falcidia non poteſt plus legari, quam ut quadrans heredi ſuperſit, *l. ſi filia, §. Papinianus, ff. fam. ercisc.* Igitur ſecundum legem Falcidiam legatum non eſt onus, aut exhauſtio hereditatis, ſed delibatio, ſeu diminutio uſque ad dodrantem.

Secunda definitio eſt Modeſtini in *l. legatum eſt 37. lib. 2.* quæ ita habet: *Legatum eſt quædam donatio teſtamento relicta.* Ceterum hodie legata etiam ab inteſtato relinqui poſſunt, ſed valent in vim fideicommiſſi, ut ſuo loco dicemus. Olim non poterant, niſi a teſtatore teſtamento relinqui: quare a Modeſtino legatum dicitur *Donatio teſtamento relicta*, ſicuti a Florentino, *Delibatio hereditatis, qua teſtator, &c.*

Tertia ergo definitio eſt Triboniani in *§. legatum*, *Inſtit. hoc tit. Legatum eſt donatio quædam, a defuncto relicta, ab herede præſtanda.* Quam definitionem magnis difficultatibus vexatam, hic nos explicabimus ſimul, & tuebimur.

Dicitur *donatio quædam*; nam legatum & donatio in duobus præcipue conveniunt. I. In genere; quippe ſicuti donatio eſt modus acquirendi particularis, utpote de qua Juſtinianus agit *2. Inſtit.* inter modos acquirendi, ita quoque legatum eſt modus acquirendi particularis. II. In ſpecie, quia ut donatio fit ex cauſa liberalitatis, *l. 1. ff. de donationibus*, ita quoque legatum: unde pro legatis Juſtinianus dixit *donationes legatorum*

in

Digitized by Google

in *l.ambiguitates*, *C. de teſtamentis*. Diſtant vero donatio & legatum in hoc, quod donatio dicitur dari, hoc eſt, inter vivos celebrari, legatum vero dicitur relinqui, quod relinquendi verbum ad metas ultimas voluntates pertinet, quæ ex ſolo defuncti Judicio proficiſcuntur, *§.hæc quidem, auth.de heredibus*, & *Falcid.* Propterea Tribonianus non dixit ſimpliciter legatum eſſe *donationem*, ſed ad majorem claritatem, dixit eſſe *donationem quandam*; quamquam ea particula poterat omitti, ut eam Modeſtinus omiſit.

Hinc I. deducitur, legatum lucri aliquod legatario afferre debere; *l.circa*, *ff.ad l.Falc. l.cum non facile*, *ff.ſi cui pluſquam per l.Falc. l.pen. ff. de manum. teſtament.* Allegant etiam ad hanc rem textum in *l.1. §.& hæc, C.communia de legat.* ibi: *Cum enim non aliter valeat legatum, niſi aliquid lucri afferat.* Male, quippe legendum *auferat*; additur enim, *Ei a quo derelictum eſt*, hoc eſt heredi. Legatum vero heredi aufert lucrum. Vel ſaltem legatum legatario damno nunquam eſſe poteſt, *l.ſi hereditatem*, *ff.mandati*. Itaque ſi debitor creditori ſuo leget id, quod pure ei debet, inutile legatum eſt: ſi vero leget id, quod in diem, vel ſub conditione debet, utile eſt ex cauſa repræſentationis, hoc eſt præſentis ſolutionis, quæ non expectata die, aut conditione, ſtatim ab herede fieri debet, *l.1. ff de dote prælegata*. Item ſi quod debeo ex ſtipulatu, legavero, utile eſt legatum; quoniam pro actione perſonali datur vindicatio: cum rei legatæ dominium acquiratur legatario non expectata traditione e manu heredis. Unde hoc legatum momentum aliquod habet, *l.3. §.ſi rem, lib.3.*

Si a legatario fideicommiſſum relictum ſit, vel legatum, non habet aut Falcidiæ, aut Trebellianicæ detractionem, *l.1. §.denique, cum ſeq. ff. ad Trebell. l.lex Falcidia 47. §.ult. ff.ad l.Falc. l.coheredi, §.quod ſi, ff.de vulg.*

Nec obſtat Mecianus in *l.pœnales, §.ult.ff.ad l.Falc.* nam ibi legatarius, a quo pecuniarium fideicommiſſum relictum eſt, non utitur Falcidia ex ſua perſona, ſed quia paſſus eſt Falcidiam, hoc imputat pro rata fideicommiſſario, ut ſi 20. legatis rogatus ſit 15. reſtituere, & Falcidia ex legato detraxerit 5. fideicommiſſario reſtituit 11. & quadrantem unius. Vide textum in *l.5 ff.ſi cui plus quam per l.Falc.* & Cujac.ad Afric.*tract.6.* in *l.ex aſſe, ff. ad Trebell.*

Quod ſi objicias: dari poteſt legatum, quod non ſolum inutile ipſi legatario ſit, ſed etiam ei aliquid damni afferat, *l.plane ſi filium, §.ſi cui, lib.1. l.ſed ſi non ſervus, ff. ad l.Falcid.* & propterea legatum non ſemper eſſe donationem.

Reſpondemus, negando antecedens; ſemper enim legatum utile legatario eſſe debet, ſaltem æſtimatione ipſius legatarii. Quod ut recte intelligi poſſit, notandi ſunt duo caſus, quibus legatarius ultra vires legati obligatur. Primus eſt, ſi legatarius rogetur rem ſuam alteri reſtituere, vel

ſervum ſuum manumittere; tunc ſi legatarius legatum agnoſcat, cogetur fideicommiſſum præſtare, quamvis id pluris ſit, quam legatum. Nec tamen propterea legatum dicetur inutile, aut damnoſum. Et ratio eſt, quia legatarius non videtur pluris rem ſuam æſtimaſſe, ut aperte deciditur in *d.l.ſed ſi non ſervus, ff.ad l.Falc.* ibi: *Quia tanti æſtimaſſe videbitur ſervum ſuum*. Et ita etiam intelligendi ſunt textus in *l.Imperator, §.ſi centum, lib.2. l.generaliter, §.ſi quis alienum, ff.de fideicomm.libert. l.ſi ea, C.ad l.Falc.*

Secundus caſus proponitur in *d. l.plane ſi filium, §.ſi cui*. Legavi Stichum, aut Damam, electione legatario data. Eundem legatarium rogavi, ut Stichum daret alteri. Stichus eſt pluris, quam Dama. Legatarius tamen Damam elegit. Quæritur, an cogatur Stichum redimere, & fideicommiſſario præſtare? Lex ait eſſe cogendum, licet Stichus pluris ſit, quam Dama, & legatarius gravetur ultra vires legati. Ratio eadem eſt, quæ ſuperioris caſus, id eſt, quia legatarius pluris videtur æſtimaſſe Damam, dum potuit Stichum eligere, & Damam maluit. Ita Cujacius in *d.l.plane, §.ſi cui.*

Propterea in *l.cum pater, §.menſæ, lib.2.* legatum menſæ argentario factum ſuſtinetur, quamvis menſa ære alieno gravata ſit; quia fortaſſe magis expedit argentario nomen menſæ ad negotiandum habere, quam onera menſæ ſuſtinere, quidquid ibi Bartolus dicat. Nam menſæ nomine non ſignatur corpus, ſed Jus, & negotiatio illa dandi, & accipiendi pecunias, & fœnerandi, & obligandi, & ſolvendi, quæ a menſariis publice agitabantur in foro; cujus rei gratia menſarii rationes edere tenentur iis, quorum pecunias negotiantur, actione in factum, *l.quidam, ff.de edendo.* Et quod de menſa, idem dicendum de taberna argentaria, cujus nomine ſignificatur Jus, non corpus, *l.qui tabernas, ff.de contrah.emtione*: ita etiam de qualibet alia taberna in foro poſita, quam qui pignori obligat, videtur obligaſſe merces, & nomina tabernæ, & Jus omne, *l.cum tabernam, ff.de pignor.* Erant hæ tabernæ in ſolo publico, *d.l.qui tabernas*: propterea qui eas vendit, Jus vendere intelligitur, *d. l.qui tabernas*, & qui obligat, merces obligaſſe intelligitur, *d.l.cum tabernam.*

Deducitur II.legata turpia, quæ notandi magis legatarii gratia ſcribantur, quam honorandi, non valere odio ipſius legatoris; ut ſi quis dicat, *Titio latroni, vel nebuloni do lego*; propterea quod legatum, cum ſit donatio, nequit cum ignominia conjungi, *l.turpia legata lib.1.* Unde legatum dicitur honor, ſicut etiam hereditas, *l.Divus, §.1. ff.ad l.Cornel. de falſis, l.amiciſſimos, ff.de excuſationibus tutorum*: quare nec heres cum contumelia valide inſtituitur, veluti *Titius, qui furatus eſt mihi nummos, heres eſto, l.quoties, §.ſi quis nomen, ff.de hered.inſtit.*

Obſtat tamen I. textus in *l. cum quis decedens, §. Sejam, lib.3.* ubi proponitur tale exemplum: *Mævio liberto meo de me nihil merito dari volo lagynos vini vetuſti centum quinquaginta*; & dicitur in tex-

Digitized by Google

textu legatum relictum cum *elogio*, id eſt, cum vituperatione, ut *ibid.* Cujac. explicat, & patet ex *l. ſi poſthumus* 14. *§.ult. ff. de lib. & poſthum.* ubi hæc exheredatio, *Ille, quem ſcio ex me natum non eſſe, exheres eſto*, dicitur in elogio propoſita; quamvis aliquando elogii nomen aliter accipiatur pro quacunque brevi rei alicujus expoſitione. Hæc exheredatio non valet, ſi probetur ex eo natus, quia falſa cauſa, *d. §.ult.*

Obſtat II. Marcianus in *l.bis verbis*, *§.1.ff.de heredibus inſtituendis*; ait enim omnes inſtitutiones, quæ cum maledicto fiant, eſſe receptas, veluti, *Filius meus impiiſſimus, male de me meritus, heres eſto.*

Reſpondet Accurſius in *d.l.turpia*, diſtinguendum. Aut maledictum eſt in genere expreſſum, veluti *illi impio, nihil de me merito*; & valet legatum, & inſtitutio, ut procedunt textus, qui objiciuntur. Aut e diverſo maledictum habet expreſſam cauſam turpitudinis, dicendo, *illi adultero, illi ex monaco nato*; & legatum & inſtitutio inutiliter fit; ut intelligendi ſunt textus in *d.l.turpia*, & in *d.l.quoties*, *§.ſi quis nomen*. Ratio hujus diſtinctionis ea eſſe poteſt, quia confeſſio in genere nullum præjudicium affert; ſecus ſi fiat cum expreſſione cauſæ; *l.cum de indebito, §.ult.ff.de probat.* unde deſumtus eſt textus in *cap.ſi cautio,de fide inſtrumentorum*, de qua re Balboa in *cap.at ſi Clerici, de judiciis*, Farinacius *de confeſſis, qu.*81. Maſcard. *concl.*345.

Alii tamen putant, nunquam heredem inſtitui, aut legatum relinqui poſſe cum convitio, etiamſi convitium in genere expreſſum ſit. Quare Cujacius in *d.l.turpia* reſpondet, ſpeciale eſſe in patre, ut filium recte cum convitio inſtituat, ut eſt ſpecies *d. l.bis verbis*, *§.1.* ex eo, quia patri licet impune filio convitium facere, quod non licet extraneo: & propterea inſtitutio turpis facta ab extraneo, in odium ſcribentis pro non ſcripta habetur: at facta a patre, in favorem ſcribentis valet; unde fit, ut ſuo Jure pater filium exheredet, etiam adjecta turpiſſima cauſa relicti, *Filius meus latro, non nominandus, exheres eſto, l.3.in princ. ff.de liber.& poſth.*

In quantum vero ad textum in *d.l.cum quis decedens*, *§.Sejam.*, ait idem Cujac. primo non dici ibi a Scævola utile legatum eſſe, cum alia omnino ſit illius §.quæſtio: ſecundo dici poſſe, illa verba, *nihil de me merito*, non facere convitium, ut facerent, ſi dictum eſſet, *male de me merito.*

Deducitur III. legatum, cum ſit donatio, fieri verbis directis, ad diſcrimen fideicommiſſi, quod relinquitur verbis precariis; verbum enim *dono* directum eſt, *l.Aurelius*, *§.Titio Sejo*, *ff.de liber.legata*, ubi qui legat, dicit *dono*, ut in Pandectis Florentinis. Vide Cujac.in *l.legatum eſt, lib.2.* Hoc patet etiam ex verbis illis ſolemnibus, quibus olim in teſtamento per æs & libram utebantur: *Hæc, ut his tabulis cerisve ſcripta ſunt, ita do, ita lego, ita teſtor*, Ulpian. in *fragm. tit. de teſtamentis.*

Dicitur *a defuncto relicta*; quia hodie non tantum teſtamento, vel codicillis teſtamento confirmatis, ſed etiam codicillis ab inteſtato poſ-

ſunt legata relinqui. Unde pro eo, quod in definitione Florentini dicitur, *Qua teſtator*, & in definitione Modeſtini dicitur *Teſtamento*, Tribonianus ſubſtituit, *A defuncto*; quanquam hæc mutatio neceſſaria prorſus non erat, ex eo quod legata in codicillis valent in vim fideicommiſſi, ut dicemus. Per hoc legatum diſtinguitur non ſolum a donatione inter vivos, ſed etiam a donatione cauſa mortis, quæ non ſolum in ultimis voluntatibus, ſed etiam in contractu fieri poteſt, *l.tam is, ff.de donationibus cauſa mortis*, ad inſtar actuum, qui a Juriſconſultis dicuntur anomali, hoc eſt, irregulares, ut fideicommiſſi inſtitutio, datio libertatis, liberti aſſignatio, qui omnes actus certam regulam non habent, ſed inter vivos pariter, & in ultimis voluntatibus recte fiunt.

Verum ſi is, qui cauſa mortis donat, deinde teſtamentum condat, donata comparantur legatis: ſi non condat, comparantur contractibus, ut habetur in Baſilicis *lib.47. tit.3.* quod deſumtum eſt ex *l. ſi filius, ff. de legatis præſtandis, l.Marcellus, §.ult. l.etſi debitor, l.illud, ff.de donationibus cauſa mortis*. Quod maxime factum eſt poſt Conſtitutionem Divi Septimii Severi, qui legem Falcidiam traxit etiam ad donationem cauſa mortis, *l.2. C.cit.tit.* Et ita intelligendus eſt Juſtinianus in *§.unum cum prudentibus, Inſtitutionibus de donationibus*, cum ait: *Nobis conſtitutum eſt, ut* (donationes cauſa mortis) *per omnia fere legatis connumerentur*; ideo dicit, *Fere*, quod qui donat cauſa mortis, poteſt ſibi hanc legem dicere, ut ne donationem revocet, *l.ſi alienam, §.1. ff.cit.tit.* ibi: *Sic quoque poteſt donari mortis cauſa, ut nullo caſu ſit ejus repetitio.* Sed habetur ut donatio inter vivos, *l.ubi ita, ff.cit.tit.* At non ita eſt in eo, qui legat, ut qui nequit ſibi hanc legem dicere, ut ne legatum revocet, *l.ſi quis, in princ. lib.3.* ut Cujacius explicat in *l.1. lib.1.*

Dicitur *ab herede præſtanda.* Hæc verba multi ſuppoſititia eſſe contendunt, & huc irrepſiſſe poſt Juſtiniani tempora, adſcripta ſcilicet a Sciolo aliquo; cujus rei magnum argumentum eſt, quod Theophilus, qui Juſtiniani Inſtitutiones in Græcum ſermonem tranſtulit, ea verba non habet. Imo in quibuſdam noſtrarum Inſtitutionum libris antiquis manu exaratis hæc pariter verba invenire non eſt. Putamus tamen, ea non male huic definitioni addita eſſe. Quod ut palam faciamus, videndum hic eſt, quibus argumentis expungenda eſſe contendant.

Opponunt itaque I. quoniam accidit aliquando legatum non præſtari ab herede, ſed ab ipſo teſtatore, dum adhuc in vivis eſt, ut in *l.Lucius Titius lib.2.* ubi quidam legavit militiam ſuam (hoc eſt, officium aliquod Palatinum) aut pretium ejus: deinde teſtator eam militiam vendidit, & pretium ex venditione redactum legatario dedit. Quod & hodie plerique faciunt, qui maxime pietatis cauſa relicta legata, ipſi repræſentant, & ſolvunt ante mortem, ut notat Bartolus *ibid.*

Hæc tamen objectio nullius momenti eſt; quippe legatum a teſtatore vivo præſtitum, non tam dicitur ſolvi, quam perimi, Affl. *dec.275.*

Digitized by Google

Cum enim legatum nequeat vim ſuam ſortiri, niſi poſt teſtatoris mortem, *l.qui duos*, *§.hæc conditio*, *ff.de manum.teſtament.* inde fit, ut quod legator, ſe vivo, præſtat, non ſit legati ſolutio, ſed rei legatæ voluntaria alienatio, ex qua legatum perimitur, *§.ſi rem ſuam, Inſtitutionibus de legatis*. Quare legatarius eam rem ſibi habebit, non titulo legati, ſed donationis, ut palam eſt ex *l.hujuſmodi*, *§.ſi Titio Stichus*, *lib*.1. ubi teſtator dicitur donaſſe rem legatam, non ſolviſſe; legaverat enim Stichum, aut Pamphilum, & vivus dedit legatario Pamphilum, competit eidem legatario actio ad Stichum; propterea quod teſtator non videtur ſolviſſe legatum (quod ſi feciſſet, nulla reliqua eſſet legatario actio ad petendum legatum) ſed videtur donaſſe. Idipſum dicas opus eſt de ſpecie textus in *l.filia*, *C.communia de legatis*, ubi filia legati actionem non habet, ſi quæ pater ei legaverat, vivus in dotem dedit.

Opponunt II. quia licet olim a legatario legari non potuiſſet, quamvis potuiſſet fideicommitti, *Inſtitut.de ſingulis reb.in princ.* hodie tamen propter exæquationem id correctum eſt, & a legatario recte legatur, *l.*1. *§.& hac*, *C.communia de legatis*. Quo caſu legatum non præſtatur ab herede, ſed a legatario, cui onus injunctum eſt.

Sed neque id urget; nam quoties legatarius legato oneratur, id non corruit quidem, ut olim corruebat, ſed ſubſtinetur; at non in vim legati, ſed tantummodo in vim fideicommiſſi, ut habetur in *l.*2. *C.cit.tit.* illis verbis: *Si quid tale eſt, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommiſſis accommodetur.* Cum igitur ſuam validitatem mutuetur ex natura fideicommiſſi, nihil mirum eſt, ſi ei definitio legati adaptari non poteſt: quippe ſi poſſet aptari, conſequens erat, ut legatum iſtud valeret non ex natura fideicommiſſi, ſed ex natura ſua.

Opponunt III. ex eo, quod legati puri dominium recta via tranſit a teſtatore in legatarium, *l.a Titio*, *ff.de furtis*; ita ut ne momento quidem ejus dominium videatur fuiſſe apud heredem, *l.ſed ſi damnum*, alias *l.peculium* 10. *§.ſed & creditor*, *ff.de peculio*. Unde fit, legatum iſtud non eſſe ab herede præſtandum.

Huic objectioni facile reſponſio patet, ſi diſtinguamus inter *dare*, & *præſtare*. Quæ duo longe inter ſe diſtant, *l.obligationum*, *ff.de oblig.* nam præſtare verbum naturale dicitur, eſtque poſſeſſionem, vel quaſi poſſeſſionem in alium transferre, *l.in vendendo*, *ff.de contrab.emt.* Dare vero verbum eſt civile, denotatque dominium transferre, *§.ſic itaque diſcretis*, *Inſtitutionibus de actionibus*. Statim ergo a morte teſtatoris rei legatæ dominium transfertur a teſtatore in legatarium, & perinde legatum non eſt ab herede dandum legatario: at quia poſſeſſio ejuſdem rei legatæ debet apud heredem eſſe, eamque e manu heredis legatarius accipiat opus eſt, ut in *tit.ff.* & *C.quorum legatorum*, inde fit, ut legatum præſtetur ab herede. Hæc infra de interdicto *Quorum legatorum*.

Opponunt IV. Poteſt teſtator cavere, ut legatarius a ſe ipſo rem legatam

tam capiat, non expectata manu heredis, *l. Titiâ cum teſtamento, §. 1. lib. 2.* Ergo non ſemper legatum præſtatur ab herede.

Dicimus tamen ea maxime *lege*, qua adverſarii nituntur, probari licitum non eſſe legatario, rem legatam a ſe ipſo, ſeu ſua auctoritate ſibi capere, nec poſſe hoc a teſtatore juberi; Idem dictum eſto de fideicommiſſario. Quod ut recte intelligamus, ſpecies ejus *legis* una cum ratione dubitandi, & decidendi, hic breviter præponenda eſt; præſertim quia hæc non omnibus obvia ſunt. Lucius Titius filium, & filiam heredes ſcripſit, & in epiſtolis, quas Codicillis inſeruit, declaravit velle ſe, ut filia a ſe ipſa acciperet villam Gazam; item, ut filius a ſe ipſo acciperet poſſeſſionem nomine Comianam. Videbantur inutilia eſſe fideicommiſſa. Ratio erat, quia a ſe ipſo non capit, niſi heres, ut heres eſt, non ut legatarius aut fideicommiſſarius; unde duo confici videbantur. I. filiæ non niſi partem Gazæ, & filio non niſi partem Comianæ relictam per fideicommiſſum eſſe; quia cum eſſent coheredes, in parte tantum quiſque eorum intelligebatur inſtitutus. II. fideicommiſſum eſſe inutile, quia certum eſt, heredi a ſemetipſo fideicommiſſum relinqui non poſſe, quia idem homo ſibi debere non poteſt, nec poteſt idem eſſe debitor, & creditor. Modeſtinus tamen reſpondet, actum in dubio ita capi oportere, ut conſiſtat potius, quam ut ruat; quare verba illa, *a ſe ipſo*, ita interpretatus eſt, ut intelligatur partem prædii quemque heredum a ſe ipſo capere oportere, partem vero aliam a coherede. Ex quo fit, totam villam Gazam intelligi relictam filiæ, totam poſſeſſionem Comianam filio; ſed non totam eodem Jure, quippe partem hereditariam a ſe ipſo quiſque capiet, quaſi heres, partem reliquam a coherede, ut fideicommiſſarius. Si itaque non minus in ratione dubitandi, quam in ratione decidendi, illud, *a ſe ipſo*, ſemper intelligitur de herede, nunquam de fideicommiſſario, opus eſt, ut dicamus, non poſſe teſtatorem in teſtamento ſuo cavere, ut fideicommiſſarius a ſe ipſo, hoc eſt, manu ſua capiat, non expectata manu heredis; quia ſcilicet ſolius heredis eſt, ut ſua auctoritate capiat. Quod etiam eadem de cauſa locum habet in legatario, cui inutiliter a ſemetipſo legatur, *l. & quidem, lib. 1.* illis verbis: *Quamvis a ſemetipſo inutiliter ei legatum fuiſſet.*

Non omittendum tamen, quod ibi Cujacius notat, quamvis filius, & filia totum prædium poſſideat non eodem Jure, ſed partem pro herede, partem pro fideicommiſſo, ſeu pro legato; tamen ſi forte alicui eorum eripiatur hereditas, quaſi indigno, non eripietur tamen prædium, & totum ſibi retinebit Jure fideicommiſſi, ſeu legati; idque tam ſi teſtator expreſſe addiderit, *a ſe ipſo*, quam ſi reticuerit: quippe fiſcus auferet ab indigno hereditatem, & relinquet prædium, quod hic habetur totum, ut legatum, non attento rigore Juris, ſed voluntate teſtantis, quæ voluntas ex æquitate dividenda non eſt, *l. eum qui, §. ult. ff. de his, quibus ut indignis*. Eodemque modo ſi heres, cui fundus eſt prælegatus, abſtinuerit ſe

he-

Digitized by Google

hereditate, totum eum fundum retinebit Jure legati, aut fideicommiſſi, nec videtur ſe abſtinuiſſe parte fundi, quam poſſidet pro herede, aut quam a ſe ipſo capere Juſſus eſt, *l.qui filiabus,§.ult.* juncta *d.l.& quidem, lib.1.*

Hic obiter notandum eſt, ex hac *l.Titia cum teſtamento, §.1.* colligere aliquos, fideicommiſſum inter vivos inſtitui poſſe: quippe dicuntur fideicommiſſa facta in duabus Epiſtolis. Sed recte hic notat Cujacius, Codicillos ſcribi ad heredes inſtar Epiſtolæ, præpoſita ſalutatione. Et conſtat ex *l.alumnæ, §.Titia, ff.de adim.leg.* ubi fideicommiſſum inſtitutum in epiſtola dicitur peti ex codicillis. Vide in *l.ult.in princ. ff.de leg.2.*

His ita remotis, conſequens eſt, ut dicamus, verba ea, *Ab herede præſtanda*, recte in definitione legati appoſita eſſe, ſcilicet ad tuendum Interdictum *Quorum legatorum*: pro cujus rei intelligentia breviter ſit.

De Interdicto *Quorum legatorum*.

QUÆSTIO III.

EO Interdicto cavetur, ut quod quiſque legatorum nomine non ex voluntate heredis, occupaverit, id reſtituat heredi. Hujus Interdicti plures rationes ſunt, quarum una ſpectat ad Jus privatum, altera ad Jus publicum. Juris privati ratio eſt reſpectu ipſius heredis; nam fieri poteſt, ut aliquando non debeat heres ſolvere legatum, ut ſi hereditas ære alieno exhauriatur; vel ſolvere quidem debeat, ſed diminuatur ex lege Falcidia, *l.un. C.quorum legatorum*. At Juris publici ratio ipſam Civitatem reſpicit; nam Reipublicæ intereſt, ne quis ſibi Jus dicat, quod peſſimi, & periculoſi eſſet exempli, *d.l.1. in princ. ff.cit.tit*. Et quod ad ſtatum Reipublicæ ſpectat, Jus publicum eſt, *l.1. §.hujus ſtudii, ff.de juſt.& jure.*

Ceterum pœna legatarii occupantis ſua auctoritate legatum, eſt, ut illud heredi reſtituat, non amiſſo Jure legati, ut in *cit.Jurib.* patet. Quibus tamen repugnare videtur textus in *l.non eſt dubium, C.de legatis*, ubi legatarius Jure legati privatur. Pro qua antinomia tollenda, varias diſtinctiones comminiſcitur Accurſ.*ibid.* quarum omnium eam ſibi magis placere ait, ut legatarius ſuo Jure cadat, ſi legatum occupet, adita ab herede hereditate: non cadat, ſi ante aditionem occupet.

Verior tamen videtur prima Accurſ. diſtinctio, ut textus in *d.l.non eſt dubium*, locum habeat, cum legatarius rem legatam ſurripuit, ut patet ibi *ſubtraxiſſe*; quoniam enim non uti legatarius, ſed uti fur, aut expilator rem habet, propterea dignus eſt, qui legati Jure privetur. Id autem non eſt, cum tanquam legatarius rem occupavit, & ſatis erit, ſi eam rem heredi reſtituat, ut in *d.l.1. C. quorum legatorum*. Verum de hoc

tex-

textu clarius infra, ubi de legato partitionis dicemus.

Hæc cum ita ſe habeant, in foro tamen receptum eſt poſt Bartolum, licere legatario rei legatæ vacantis, ſive ante, ſive poſt aditam hereditatem, ſine vitio, id eſt, non vi, non clam, non precario, poſſeſſionem ſua auctoritate occupare; repellendumque eſſe heredem, qui ex interdicto Quorum legatorum velit poſſeſſionem adipiſci; quoties ſcilicet heredis nihil interſit ob falcidiam, alteramve deductionem. Idem docent de fideicommiſſario, ſi nihil interſit heredis ob deductionem Trebellianicæ; veluti maxime eſt, cum hæ deductiones teſtamento prohibentur. Vide Mateſcotum 1. *variar.* 1. poſt alios Marinis 1. *reſolut.* 88. qui ita junctis duabus aulis in Sacro Conſilio deciſum refert.

Quæ licet ita recepta ſint, expreſſe tamen repugnant Ulpiano in *d.l.* 1. *ff. quorum legatorum*, cum ait legatum non poſſe a legatario ſuo Jure occupari, non ſolum ob Jus privatum heredis, ſed maxime ob Jus publicum, cum periculoſi exempli ſit, quem ſibi Jus dicere, ut latius explicat Faber 6. *conject.* 1.

Nituntur tamen Adverſarii ea quoque ratione, quia vitari debet circuitus inutilis, ut eſſet in ſpecie noſtra; quippe heres repeteret a legatario legatum, quod ſtatim eidem reſtituere deberet. Unde ſaltem heres petens poteſt a legatario, qui occupavit, doli mali exceptione excludi, ex regula textus in *l. dolo facit, ff. de doli exceptione*, ubi dicitur, *Dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt.* Quod ibi Accurſ. notat locum habere, cum clarum, & liquidum eſt, reddi debere; ut certe liquidum eſt, cum omnis deductio teſtamento prohibita eſt; quamvis aliud ſit, ubi dubium eſſe poteſt, utrum ex Falcidia debeant legata diminui, quo caſu contra heredem agentem ex interdicto non datur exceptio doli; & procedet textus in *d.l.* 1. *ff. quorum legatorum*.

Reſpondet tamen Faber, negando circuitum dici poſſe inutilem, cum ex eo ſolvitur pœna ad Jus publicum conſervandum, cujus gratia compeſcenda eſt audacia legatarii, qui ſibi Jus dixit. Itaque regula illa *Dolo facit*, intelligenda eſt, quum petitio rei reſtituendæ ſpectat ad Jus privatum, veluti ſi heres, qui damnatus in teſtamento eſt non petere a debitore, tamen petat, quod eſt exemplum *d.l. dolo facit*. At ſecus eſt, ſi petitio inſtituta ſit ob tuendum Jus publicum; tunc enim non heres, qui petit, ſed legatarius, qui denegat reddere, dolo facit in leges, & in ſtatum Civitatis.

Ceterum ut nonnulla, quæ hactenus propoſuimus, clarius percipi poſſint, ſunt quæſtiones aliquot diſcutiendæ.

An

Digitized by Google

An dominium rei legatæ interdum ſit apud heredem.

QUÆSTIO IV.

HÆc quæſtio ad omnia omnino legata non pertinet, ſed ad aliqua tantum. Nam primo ad legata conditionalia non pertinet, nec ad ea, quæ in diem relinquuntur, quorum dies niſi conditione impleta, vel die adveniente, non cedit, *l.5.ff.quando dies legator.* Itaque interim legatario quæſita dici non poſſunt, ſed nec interim in ſuſpenſo manen t, cum lex facile non patiatur rerum dominia eſſe in pendenti, DD. in *l. etiam invitis, ff.de acq.rer.dom.* exceptis tamen quibuſdam caſibus, qui ex facto ſubſequenti declarationem accipiunt, ut in *l.ſed etſi 30. §.1. ff.de uſufr.* ubi Accurſ. Quocirca legata iſta conditionalia, vel in diem, ante aditionem ſunt hereditatis, quæ pro domino habetur: poſt aditionem ſu nt heredis, *l.peculium 10. §.ſed & creditor, ff.de peculio:* ſcilicet, donec conditio exiſtat, vel dies adveniat; tunc enim ſtatim legatario acquiru ntur: & dominium, quod fuerat heredis, ſine facto ipſius, ex ſola Juris c enſura, & poteſtate, abit in legatarium, *l.inqu ideo, ff.de rei vind.*

Et quamvis reniti videatur Julianus in *l.ei qui, ff. de condit. inſtit.* dum ait, legatarium ſub conditione poteſtativa, *ſi decem dederit*, non ſtatim impleta conditione fieri dominum rei legatæ, niſi agnoſcat. Idipſum eſt, & multo magis, ſi conditio ſit caſualis; nam poteſtativa ſive arbitraria conditio impletur a legatario volente: caſualis vero a fortuna, etiam legatario ignorante.

Placet tamen ut cum Accurſio dicamus, in legato conditionali duo tempora eſſe diſtinguenda, quorum quidque diverſum effectum producit; cum enim conditio exiſtit, acquiritur quidem legatario legatum Juris cenſura, ſed ita tamen, ut poſſit facto legatarii repudiari, quæ repudiatio facit, ut videatur legatum nunquam legatarii fuiſſe, *l.ſervum filii, §.1.l.ſi tibi homo, §.cum ſervus lib.1.* At ubi legatarius agnoſcit, quia Juris cenſuræ accedit factum legatarii, ita confirmatur dominium in legatario, ut repudiari amplius nequeat: quod Accurſius dicit, *incommutabiliter acquiri*. Et de hac poſtrema acquiſitione Julianus capiendus eſt.

Illud etiam difficultatem facit, ſi pendente conditione legatum eſt factum heredis, non poterit deinde per adventum conditionis, ab eo diſcedere, & tranſire in legatarium, niſi in id heres ipſe conſenſerit; nam quod noſtrum eſt, ſine facto noſtro a nobis avelli non poteſt, *l.id quod noſtrum, ff.de reg.Jur.* Cur ergo id non obſervatur, ſed velit nolit heres, ubi conditio advenit, rei legatæ dominium ipſo Jure migrat in legatarium?

Huic dubio obviam ire conatus eſt Ant. Faber 15. *conject.7. n.14.* qui voluit, ſub conditione, vel in diem, relictum fieri quidem interim heredis, non tamen plene, tanquam ſi nullo modo legatum eſſet, ſed Jure non pleno; idque ob ſpem, quam habet legatarius rei adipiſcendæ, cum dies, vel conditio venerit. Hæc ſpes, inquit, prohibet quominus legatum plene heredis fiat: proinde nil mirum, ſi pro tuenda voluntate teſtatoris legatum hoc tandem aliquando auferetur ab herede,& legatario detur.

Sed hæc Fabri reſponſio recipi non poteſt, tam Jure antiquo, quam novo inſpecto. Nam de Jure antiquo certum eſt, legatum ſub conditione, ea pendente, pleno Jure heredis eſſe. Quod mirum eſt ignorari a Fabro, cum id expreſſe habeatur in *l.generaliter*, *ff. qui & a quibus*, ibi: *Sub conditione ſervus legatus, pendente conditione, pleno Jure heredis eſt.* Idipſum habetur in *d.l.non ideo, ff.de reivind.* quamvis verum ſit, illam legatarii ſpem efficere, ne poſſit interim ſervus ab herede manumitti, *d.l.generaliter*, quia ſcilicet conditione demum exiſtente, libertas eſſet revocanda, contra regulam, quæ ait, libertatem ſemel impertitam, non revocari.

Sic quoque ſtatuliber, pendente conditione, pleno Jure heredis eſt, *l.ſtatuliberum, ff.de ſtatuliber.* ubi Ulpianus affirmat, medio tempore heredem noxæ ſervum dedere poſſe, *l.14. ff.de noxalib.action. l.fin. ff.ſi ex noxali cauſa agatur.* Unde & ſtatuliber pignori dari poteſt, *l.grege, §.1. ff.de pignor.* Venit in judicium familiæ erciſcundæ, *l.12.§ fin.ff.fam.erciſc.* Sic quoque poteſt heres ſtatuliberum legare, *l.45. §.fin. ff. de fideicomm. libertatib.* ipſumque vendere poteſt, *l.ſi duorum, verſ.ſimilis, ff.de actionib. emti, l.fundum, l.qui libertati, ff.1. & ſeqq. ff.de evictionib. l.ſi decem, d.l.ſtatulib. ff.de ſtatuliberis.* Ac tandem quocunque modo velit, poteſt alienare, *l.ſi ita 30.ff.de ſtatulib.* quamvis nec alienatione, nec uſucapione, libertas ſtatuliberi poſt adventum conditionis impediatur, *l.13. C.de teſtam.manumiſſ.* Accedit, quod ſi ſtatulibera interim pariat, partus heredis eſt, *l.3.C.de fideicommiſſar.libertatib.* Chavarri *par.1. didaſcaliæ, cap.13. num.2.*

Hoc antiquum Jus videtur a Juſtiniano correctum in *l.fin. §.nemo itaque, C.commun. de legat.* ubi habet, legata omnia, ſive pura, ſive conditionalia, non eſſe heredis, ſed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod ſi ita indiſtincte admittatur, omnem juriſprudentiam evertit, ideo placet explicatio Accurſ. in *v.alienum eſt*, ubi ait, legatum purum eſſe alienum re, legatum vero ſub conditione eſſe alienum ſpe. Et ita cum Jure antiquo facile concordat. Diſcrimen inter utrumque Jus verſatur in eo, quod heres, pendente conditione, licet Dominus, caret omni alienandi exercitio.

Ad dubium ergo, omiſſa reſponſione Accurſii in *d. l.id quod noſtrum*, dicimus regulam *Ll quod noſtrum*, locum habere quoties quid no-

noſtrum factum eſt pure: quod non eſt in præſenti ſpecie, in qua legatum conditionale fit quidem heredis, ſed non pure, *d. l.fin. §.nemo ita que*, ibi: *In ſuis rebus pure non poſſidet*; quandoquidem legati conditionalis dominium transfertur a lege in heredem ſub ea conditione reſolutiva, ſi conditio legato adjecta non extiterit: quod ſi ea extiterit, tum eadem Juris cenſura aufertur ab herede dominium, & transfertur in legatarium.

II. Præſens quæſtio non pertinet ad legata uſusfructus, uſus, & habitationis, quorum dies ante aditam hereditatem non cedit, *l.2 ff.quando dies legat.* ut etiam legatum ſervo legato relictum, *l.cum legato, ff. eit.tit.* Sic quoque non pertinet ad libertates, quæ & ipſæ ab adita tantum hereditate cedunt, *l.un. §.libertatibus, C.de caduc.toll. l.Julianus, ff.de conditionibus, & demonſtr.*

Hinc intelligimus *l.ſi habitatio, ff. quando dies leg.cedat.* ubi ſi habitatio pure legata ſit, dies non cedit a morte teſtatoris, ſed ab adita hereditate. Et ratio dicitur eſſe, *Quia habitatio perſonæ cohæret*; eſt enim perſonalis ſervitus. Hujus rationis ea vis eſt, nempe habitatio nunquam intelligitur conſtituta, niſi ſit perſona, cui acquiratur, & adhæreat: ſed cum legata eſt, non acquiritur, nec adhæret legatario, niſi adita hereditate. Ergo tunc conſtituitur, ſive oritur: & propterea ex eo etiam tempore dies ejus cedit. Quæ ratio in ceteris etiam ſervitutibus perſonalibus viget, ut etiam in legato ſervo legato relicto, & in libertatibus.

Ex quibus omnibus conſtare poteſt, inter hanc quæſtionem, & regulam Catonianam verſari quandam ſimilitudinem; nam & hæc ad legata conditionalia non pertinet, *l.cetera, §.1. lib.1.* Nec ad ea, quæ ab aditione hereditatis cedunt, *d.l.cum legata.* Ita nec pertinet ad libertates, *l.3. ff.de reg.Catoniana*, ubi tamen vulgo legitur, *Catoniana regula non pertinet ad hereditates*, ſed legendum, *Non pertinet ad libertates*, ut monet Cujac.4. *obſerv.*4.

Pertinet ergo hæc quæſtio ad legata ſolum pura, non tamen quæcunque, ſed ad ea, quæ per vindicationem relinquuntur. Hæc enim ex Jure antiquo cedunt a die mortis, *l.5. ff.quando dies legat.* Quod deinde immutavit lex Papia de caducis, qua dies non cedit, niſi ab apertis tabulis, Paulus *lib.3. ſent.Ant.Auguſt. de leg.Papia pag.*163. Sed abolita deinde a Juſtiniano lege caducaria in *l.un. C.de caduc. toll.* Juris antiqui regula revixit, quæ & hodie ſervatur. De hoc igitur legato vindicationis dubium eſt, nempe de re ipſius teſtatoris, quæ actu exiſtat, & certa ſpecies ſit, aut quantitas tanquam ſpecies, veluti ſi nummi, qui in arca ſunt, legentur, quo caſu ſpecies videtur legata, *l.ſed ſi certos, lib.1.*

Et plures hac in re ſunt DD. opiniones. Nos varia tempora diſtingui oportere putamus, & dicimus, legati puri dominium jacente hereditate videri eſſe hereditatis: ſed ſtatim ab adita hereditate non quidem heredi, ſed legatario acquiri ex Juris cenſura, non quidem pure, ſed ſub tacita conditione reſolutiva, ſi agnoverit: ſequuta vero agnitione acquiri

legatario acquiri, tamen ab eo tempore legati pure relicti dies cedit, prorſus ut, ſi poſt id tempus legatarius moritur, legato non agnito, legatum ad heredem ejus transferatur, qui poteſt nomine defuncti illud agnoſcere; niſi forte id fuerit legatum, quod ad heredem non tranſit, ut eſt de uſufructu, *l.ſi poſt diem, ff.quando dies legatorum, l.un. §.libertatibus, C.de caduc.toll.* Quod ſecus eſt in legato conditionali, cujus dies non cedit, niſi conditione exiſtente; nam ſi ea pendente legatarius fato cedat, ipſius heres ſub conditione relictum petere prohibetur, *d.l.un.§.ſin autem aliquid*.

Et in hoc diſtat legatum conditionale a conditionali ſtipulatione; quippe ſtipulatore ante impletam conditionem obeunte, ipſius heres, exiſtente demum conditione, ex ſtipulatu agere poteſt, ut propterea videatur in ipſum tranſmiſſa ſpes crediti, *§.omnis, Inſtit. de verbor.oblig.* Ratio diſcrimi nis eſt, quia nos contrahendo, ſive pure, ſive ſub conditione, id agimus, ut facto noſtro acquiramus, non ſolum nobis ipſis, ſed noſtris etiam heredibus, *l.ſi pactum, in fin. ff.de probation.* Unde ſtatutum eſt, ut ſtipulatio ex præſenti vires accipiat, & ſpectetur in ea tempus, quo contrahimus, *l.uſusfr.in fine, ff.de ſtipulat.ſervor. l.ſi filiusfam. ff.de verbor.oblig. l.non omne, §.1, ff.de reg.Jur.* At vero qui legat, utilitatem legatarii ante oculos habet, non etiam heredis ipſius; hinc in legatis tempus, quo conditio exiſtit, inſpicimus: & ſi eo tempore legatarius vita functus ſit, extinguitur legatum, nec ad legatarii heredem dicitur tranſmiſſum, Cujacius in *d.l.filiusfam.* Fab.15. *conject.6.*

Adita hereditate legatum purum non acquiritur heredi, ne momento quidem; quamvis aliud ſit de legato conditionali, ut diximus.

II. PROPOSITIO.

Patet id ex innumeris noſtri Juris locis, quorum tamen ſatis erit nonnullos in medium attuliſſe.

Patet itaque I. ex *l.peculium, §.ſed & creditor, ff.de peculio*, ubi ex Juliano ait Ulpianus heredem *Nullo momento dominium in ſervo manumiſſo, vel legato pure habere*. Species ita habet. Quidam heredem ſibi ſcripſit Titium, qui erat creditor ſervi teſtatoris: deinde ſervum eodem teſtamento alteri pure legavit. Quæſitum eſt, utrum heres creditor ſervi deducat ex peculio id, quod ſibi debetur: vel an id, quod ſervus heredi debet, cenſeatur eſſe de peculio? Ratio dubitandi fuit; quia id, quod debetur domino, non cenſetur de peculio eſſe, *d.l.peculium, in princ.* At he-

heres nullo momento eſt dominus ſervi pure legati; quare non deducet. Fatetur Julianus, heredem nunquam intelligi dominum ſervi legati, tamen contendit, heredem deducere quod ſibi debetur, non quia dominus, ſed alia ratione, quia cenſetur præveniſſe ceteros ſervi creditores. Et docet idipſum omnino eſſe, ſi ſervus non ſit pure a teſtatore legatus, ſed manumiſſus verbis directis, quam leges noſtræ Orcinum libertum vocant. Qua in re nihil fuiſſet opus confugere ad præventionem, ſi heres aliquo momento eſſet dominus ſervi; nam in promtu fuiſſet dicere, heres deducit, quia dominus ſervi: ut in eodem textu dicitur, cum ſervus ſub conditione legatum eſt, vel ſub conditione manumiſſus; tunc enim non dubitatur, heredem deducere, *Dominus enim factus eſt*, ut ſunt verba textus *ibidem*.

Et attendenda eſt comparatio, quam Julianus facit inter ſervum purum legatum, & ſervum manumiſſum; nam Orcinus libertus nunquam fuit heredis: quippe ſi uno ſaltem momento fuiſſet heredis, diceretur heredis ipſius libertus, quod omnes leges negant, quæ volunt eum eſſe libertum defuncti, §.1. *Inſtit.de heredum qualitate,& differentia, & l.pen. §.Damæ, lib.*2. Unde fluxit, ut Orcinus libertus diceretur, hoc eſt, domini, qui ad Orcum properavit. Quocirca affirmandum eſt, eodem modo legatum purum nullo momento heredis eſſe.

Unde apparet, non eſſe audiendum Ant.Fabrum, qui 14. *conject.*20. *num.*3. ait, heredem adeundo fieri dominum rei legatæ uno inſtanti, quo eodem inſtanti dominium ei aufertur, & conceditur legatario; quod ſane repugnat Ulpiano in *d. §.ſed & creditor*: præter quam quod uno inſtanti duæ actiones conſequentes fieri nequeant, hoc eſt, acquiſitio, & ablatio dominii reſpectu ejuſdem heredis. Nec ratio Fabri quidquam urget; ait enim legatum non continuari in legatarium, ſed transferri; heres enim tantummodo dicitur continuare dominium defuncti, utque una, & eadem perſona cum defuncto cenſetur. Ceterum hæc translatio indiget duobus extremis, nempe a quo, & ad quod, DD. poſt Bald. *l.*1. *C.de Jur.dot.* quare debet dici legatum acquiri heredi, ut ſit a quo transferatur in legatarium. Hæc, inquam, ratio nihil urget; nam quam facillime reſpondetur, terminum a quo eſſe hereditatem, quæ cum jacet, legatum tanquam domina habet, ut diximus; ab ea ergo aufertur, & transfertur in legatarium.

Patet II. ex *cit.Jurib.* in *l.a Titio, ff.de furtis*, & in *l.legatum ita, lib.*2. in quibus non diceretur legatum recta via a defuncto, ſive ab hereditate tranſire in legatarium, ſi ullo momento eſſet in herede; præſertim cum in *d.l.legatum ita*, verba illa, *recta via*, aperte explicentur illis aliis, *nunquam factum heredis*, ut notavimus. Et in *d.l.a Titio*, non ſolum dicitur, legata recta via tranſire in legatarium, ſed etiam de ſervo pure legato habetur, *Nec poſt aditam quidem hereditatem Titii*, hoc eſt, heredis, *factus eſt*; ex quo ibidem deducitur, ſi ſervi legati nomine heres habeat

beat actionem furti, eam per aditionem non confundi, quia heres per aditionem, rei legatæ non fit dominus. Concordat textus in *l. ſi ſervus legatus. ff. de noxalib. action.*

Hinc rejicitur explicatio Cujac. in *l. legato ſervo*, *lib.* 1. quia voluit prædict. ll. accipi debere, per interpretationem quandam, quoniam agnitio legati retrotrahitur. Nam agnitio legati hac in re eſt ſimilis aditioni. Quippe aditio hereditatis retrotrahitur, & qui adit, videtur ſucceſſiſſe ex die mortis, *l. heres quandoque*, *ff. de acq. hered. l. ſi ex te*, *§. ult. ff. de ſtipulat. ſervor.* Ita etiam agnitio legati retrotrahitur ad diem aditæ hereditatis. Rejicitur, inquam, quia in *cit. Jurib.* non ſolum dicitur legatum acquiri legatario, de qua re infra, ſed etiam nunquam intelligi factum heredis: & proinde actiones non confundi. Quæ omnia veritatem denotant, non fictionem.

Sed Adverſarii, qui Rogerii opinionem tuentur, multa objiciunt; quibus ſatisfaciendum eſt.

Objiciunt I. ex *l. Papin.* alias, *in omnibus* 18. *ff. de ſervitutib.* ubi ſi fundus heredis inſtituti ſervitutem habeat in fundo, quem teſtator alteri legavit; adita deinde hereditate, ſervitus confunditur, id eſt, extinguitur; & quamvis ſummo Jure fundus legatus liber deberet præſtari, tamen ait Papinianus, *Doli exceptionem nocituram legatario, ſi non patiatur ſervitutem iterum imponi*. Jam hujuſce confuſionis alia ratio eſſe non poteſt, niſi quia heres, qui erat Dominus fundi dominantis, adeundo factus eſt etiam Dominus fundi ſervientis, hoc eſt, fundi legati; quo caſu tollitur ſervitus, quia prædium meum ſervitutem debere prædio meo non poteſt, *l.* 1. *ff. quemadmodum ſervitut. amittantur*, *l. quidquid.*, *ff. communia prædior.* Ideo autem heredi adverſus legatarium, qui liberum fundum petit, competit doli exceptio, quia fundus legatus talis præſtari debet, qualis relictus eſt, *l. legatum eſt*, *§. fundus lib.* 1. proinde fundus legatus non aliter præſtandus eſt, quam ſi legatarius iterum patiatur ſervitutem imponi.

Ad hanc difficultatem tollendam varie diſtinguit Accurſ. Nam primo ait, Papinianum intelligi de legato conditionali; cum enim conditionale legatum pendente conditione heredis ſit, inde fit ſervitutem confundi, ſi fundus heredis ſervitutem habebat in fundo teſtatoris legato. Quæ Accurſ. interpretatio vim habet ex *l. cum filius*, *§. Dominus*, *lib.* 2. ubi expreſſe idem Papinianus ait, ſervitutes ſive perſonales, ſive prædiales, confundi, quoties teſtator ſub conditione legavit. Qui textus ſatis notabilis eſt pro reſponſione Accurſ. quæ immerito diſplicuit Cujac. in *d. l. Papinianus*. Sane mihi videtur Papinianus ſe ipſum explicare.

II. Ait Accurſ. textum intelligi poſſe de legato damnationis, cum ſcilicet teſtator prædium heredis ſervum legat. Et hoc placuit Cujac. in *l. legatarius*, *§.* 1. *lib.* 1. Species ergo *dictæ l. Papin.* ita ponenda erit. Teſtator prædium heredis, quod ſervitutem itineris debebat prædio teſtatoris, legavit

vit Sempronio; quod legatum niſi per damnationem fieri non poteſt. Ex aditione hereditatis confuſa ſervitus eſt, cum heres factus ſit Dominus utriuſque prædii dominantis,& ſervientis. Ait lex, legatarium deberè pati iterum prædio legato ſervitutem itineris imponi: ſcilicet, ut ſicut olim ſerviebat teſtatori, ita nunc ſerviat heredi inſtituto in prædio dominante; aliter exceptione doli repelletur, quia accipere velit prædium melioris conditionis, quam legatum fuerat.

Neque dicas,textum in *l.Papinian.* non diſtinguere,utrum prædium ſerviens legatum fuerit teſtatoris, an heredis, vel utrum legatum fuerit conditionale, an purum; nam reſpondetur legem ſatis diſtinguere: non enim ait, omnes ſervitutes aditione confundi, ſed dicit. *In omnibus ſervitutibus, quæ aditione confuſæ ſunt,&c.* ubi illud, *quæ aditione confuſæ ſunt*, cauſa diſtinctionis apponitur,& denotat, non omnes ſervitutes confundi aditione; quocirca dicendum illas non confundi, quæ inhærent prædiis pure, & per vindicationem relictis. Imo etiamſi nulla diſtinctionis umbra eſſet in *d. l.Papinian.* tamen nihil obſtaret, & adhuc eſſet diſtinguenda juxta eundem Papinianum in *d.l.cum filius*, *§. Dominus*. Non enim novum eſt in Jure noſtro, unam legem per aliam explicari, diſtingui, reſtringi, vel produci. Præterea, cum textus addit, *Doli exceptionem nocituram legatario, ſi non patiatur eas iterum imponi*; denuo coarctandum eſt illud, *In omnibus ſervitutibus* ſcilicet, ut locum habeat in ſervitutibus prædialibus, non etiam in perſonalibus, nempe in uſufructu: uſusfructus enim eſt pars rei, ſervitutes prædiales non item: nam ſi proprietarius heredem inſtituat fructuarium, & ab eo leget ſervum, vel fundum fructuarium alteri, alio Jure utimur; nempe quamvis aditione uſusfructus confundatur, legatarius tamen non cogitur heredi rurſus cedere uſumfructum ex textu in *l.is cujus*, & in *d. l.cum filius*, *§.Dominus lib.2.* Rationem præſtat Hugo ex *d.§.Dominus*, quia qui legat fundum, plenum Jus legat, ut ſupra etiam diximus. Itaque teſtator hoc caſu legavit partim rem ſuam, ſcilicet proprietatem, partim rem heredis, hoc eſt uſumfructum.

Alia fortaſſe eſt ſpecies textus in *l.hujuſmodi*, *§.ædes lib.1.* ubi ædes, quibus heredis ædes ſerviebant, legatæ ſunt,& traditæ legatario, non impoſita ſervitute. Ait Julianus, poſſe legatarium ex teſtamento agere, quia non plenum legatum accepiſſet. Nam etſi Accurſ. id etiam intelligat, quoties legatum conditionale eſt, tamen nihil neceſſe eſt ad id confugere, cum poſſit ſpecies poni in ædibus non teſtatoris (non enim hoc dicit textus) ſed extranei, ut legatum ſit non vindicationis, ſed damnationis. Pone, ædibus Titii ſerviebant ædes inſtituti heredis. Teſtator legavit Cajo ædes Titii. Hæres adivit,& ut ſolveret legatum Cajo, emit ædes Titii. Hic confuſio fit non ex aditione hereditatis, neque hoc dicit textus, ſed ex emtione, cujus cauſa heres, qui erat Dominus ædium ſervientium, nactus eſt etiam dominium ædium dominantium. Si ergo heres ædes emtas

tradit legatario non impoſita ſervitute, utique non tradit ædes uti legatæ ſunt, ſed diminutas; & proinde poteſt cum eo ex teſtamento agi, ut plenum legatum tradat, hoc eſt, ut ſervitutem imponat. Ita etiam intelligendus eſt textus in *l.legatum eſt, §.ult. lib.*1. Sed ſi ſentire velimus de legato conditionali, non repugno.

Objiciunt II. ex *l.huic ſcripturæ, ff.ad l.Aquiliam*, ubi ſi ſervus legatus vulneratus ſit ante aditam hereditatem, ait Ulpianus actionem legis Aquiliæ in hereditate remanere, ſed cedere eam legatario heredem oportere. Ex quibus verbis aperte putant colligi, legatum aditione heredi acquiri; nam legis Aquiliæ actio domino datur, non ſolum ex primo capite, ſed etiam ex tertio, *l.ſi ſervus ſervum, §.tertio autem, ff.cit.tit.* in illis verbis, *Tantum æs Domino dare damnas eſto.*

Facile tamen reſponſio patebit, ſi meminerimus, quod notant Juriſconſulti Græci in *l.ſi dominium, ff.de furt.* nempe ſi ſervus legatus ſit ſurreptus ante aditam hereditatem, ideo actionem furti non tribui legatario, quia legatarius ſucceſſor eſt rei, non juris, aut actionis; ſed eam tribui heredi, non tanquam Domino ſervi, ſed tanquam heredi ipſius Domini. Ex nova tamen contrectatione legatario actio furti competit, cum ſcilicet fur poſt aditam hereditatem, rem denuo contrectavit, *l.ſi is qui rem* 68. *ff.cit. tit.* Ita ergo in ſpecie propoſita, vulnerato ſervo ante aditam hereditatem, actionem non habebit legatarius, quia ſucceſſor particularis eſt rei ſucceſſor, non juris; ſed eam adita hereditate habebit heres, qui eſt Domini ſucceſſor, cum eo tamen, ut eandem actionem cedat legatario, qui Dominus ſervi factus eſt.

Hinc eſt, quod ſi nomen legatum ſit, legatarius non conſequitur actionem directam, niſi per ceſſionem heredis, quamvis eo non cedente, utilem habeat, *l.ex legato, C.de legat.*

Adita hereditate legatum purum ex Juris cenſura acquiritur legatario etiam ignoranti, ſub conditione ſi agnoverit; quare aditionem hereditatis non modo legata confirmantur, ſed etiam eorundem dominium tranſit in legatarios, ut aperte diſponitur in *d.l. a Titio*, & *d.l. legatum ita*.

III. PROPOSITIO.

PRobatur I. ex *l. ſi partem, §. ſi per fundum, ff. quemadmodum ſervitutes amittuntur*; ubi ſi teſtator per fundum ſuum viam Titio legaverit, Titius, poſt aditam hereditatem, non utendo, viam amittit, quamvis ignoret viam eſſe ſibi legatam. Ex quibus I. patet, legatarium ſtatim adita hereditate viam acquiſiviſſe; nam non amittimus, niſi quod acquiſivimus, cum privatio præſupponat habitum. II. Legatum etiam ignoranti acquiri, *l. cum pater, §. ſurdo, lib. 2.*

Objicies ex Cujacio in *l. legatum ſervo, ad fin. lib. 1.* cum dicit, dominium non acquiri, niſi ſcienti, legatum vero dici acquiri legatario ignoranti, in quantum ad actionem ex teſtamento, quæ competit legati nomine, ex *l. filiusfam. ff. qui teſtam. facere*; ubi furioſus dicitur ſibi acquirere legatum, vel fideicommiſſum; & comprobatur hac ratione, quia compotibus mentis perſonales actiones etiam ignorantibus acquiruntur. Idem voluerunt antiqui quidam Juriſconſulti apud Accurſium in *d. l. filiusfam.* & in *l. 2. C. quando dies legator.*

Reſpondetur cum Fabro 8. *conject. 19.* id reprobari aperte ex ipſo *§. ſi per fundum*; quippe dicitur, legatarium ignorantem non utendo viam amittere; ergo ſermo eſt de dominio, non de actione, quæ non amittitur non utendo via, ſed non agendo, ſeu non proponendo eam in judicio adverſus heredem. Quare utrumque verum erit, & actionem, & dominium ignoranti acquiri.

II. Probatur ex *l. liber homo 13. ff. ad l. Aquiliam*; nam ſi ſervus legatus poſt aditam hereditatem ſit occiſus, dicitur competere legis Aquiliæ actionem legatario, ſub conditione ſi legatum agnoverit. Jam autem diximus, legis hujus actionem, niſi Domino, vel heredi ipſius, non dari; cum ergo legatarius eam non habeat ut heres, conſequens ſit, ut habeat tanquam Dominus. Idipſum comprobari poſſet ex innumeris

meris aliis Juris noſtri locis in *l.ſi tibi homo, §.cum ſervus*, in *l.ſervum filii*, *§.1. lib.1.* ubi Accurſ. leges concordantes adducit.

Objicies cum Cujacio, quod eſt delatum poteſt repudiari, quod vero eſt quæſitum, non poteſt, ut diſtinguitur in *l.delata*, *ff.de verbor. ſign.* & in *l.1. §.decretalis*, *ff.de ſucceſſorio edict.* Ergo legatum poſt aditam hereditatem non eſt quæſitum, ſed delatum, cum in ea cauſa ſit, ut agnoſci, vel repudiari poſſit.

Reſpondemus concedendo legatum eſſe delatum, & negando non eſſe quæſitum, ſi intelligamus de quæſitione ſub conditione reſolutiva, ſi agnoverit. Cum autem dicitur, quod eſt acquiſitum, non poſſe repudiari, dicimus id verum eſſe de acquiſitione omnino pura, quæ noſtro facto fit, veluti eſt, cum heres adit, cum legatarius agnoſcit; at verum non eſſe de acquiſitione facta ſub conditione ex Juris poteſtate; cum enim ſit ſub conditione ſi agnoverit, utique includit poſſe legatarium agnoſcere, aut repudiare.

Ideo autem dicere neceſſe eſt, legatum poſt aditionem ſtatim fieri legatarii, ut alterutrum abſurdum vitemus. Nam aliter vel neceſſe eſt dicere cum eodem Cujacio, interim legatum fieri heredis, quod tot legibus jam citatis in *propoſ.2.* adverſatur: Vel dicere, dominium legati interim eſſe in ſuſpenſo, ut nonnulli apud Soccinum hic in *ultima opinione*. Quod utique eſſe abſurdum per ſe patet; & in *l.ſi tibi homo*, *§.cum ſervus*, *lib.1.* quam per ſe allegant, non dicitur dominium legati, ſed ſervum legatum eſſe in ſuſpenſo, donec legatarius deliberet.

Agnitione acquiritur legatum legatario facto ſuo, irrevocabiliter.

Propositio Ultima.

Et ita intelligendus eſt textus in *l.ei qui ita*, *ff.de conditionibus inſtitutionum*, ubi legatum dicitur acquiri per agnitionem, ut hereditas per aditionem; ubi Accurſ.hanc duplicem acquiſitionem in legatis agnoſcit, unam ex Juris cenſura, & revocabilem, & eſt ab adita hereditate, ſi legatum eſt purum, a purificata conditione, ſi eſt conditionale: alteram facto ipſius legatarii, irrevocabilem, & eſt per agnitionem, quæ agnitio confirmat præcedentem acquiſitionem factam ex Juris cenſura per aditionem heredis; nam *Ubi legatarius non repudiavit, retro ipſius fuiſſe videtur res, ex quo adita hereditas eſt: ſi vero repudiavit, retro videtur res repudiata fuiſſe heredis*, ut ait Ulpianus in *d.l.ſervum filii*, *§.1.lib.1.* Quocirca ſtatus rei legatæ videtur eſſe in ſuſpenſo, donec legatarius deliberet, *d.l.ſi tibi homo, §.cum ſervus lib.1.*

Hinc fit, ut non dicatur alienare, qui legatum etiam poſt aditam here-

ditatem repudiat, *l.ſi ſponſus, §.ſi maritus, ff.de donationibus inter virum,* & debitor non videatur feciſſe in fraudem creditorum, nec libertus in fraudem patroni, ſi legatum rejiciant; *l.qui autem, §.ſed & illud, ff.quæ in fraudem creditor. l.1.§.utrum,ff.quæ in fraudem patroni*; nempe quamvis legatum retro noſtrum ſit, niſi repudietur; attamen cum repudiatur, retro noſtrum non fuiſſe palam eſt, ut dicitur in *d.l.1.§.utrum.* Excepto uno pupillo, qui ex ſpeciali favore fundum legatum ſine Prætoris auctoritate repudiare non poteſt, *l.magis puto, §.fundum, ff.de rebus cur.*

Ex quo tempore Uſuræ, & Fructus legatorum præſtentur.

Quæſtio XV.

SEparat Accurſius in quibuſdam uſuras a fructibus, in aliis vero conjungit. Docet enim uſuras legatorum, ut etiam fideicommiſſorum, ex eo tempore, quo lis conteſtata eſt, deberi, niſi alia mora præceſſerit; nam ſi interpellatio extrajudicialis præceſſit, exinde deberi uſuras. Hoc idem intelligi voluit in fructibus: at non ſemper, ſed cum res legata aliena eſt; nam ſi fuit teſtatoris, tunc quia ab adita hereditate rei legatæ dominium tranſit in legatarium, ex eo etiam tempore fructus legatario deberi; quia res Domino frugifera eſt. Niſi excuſetur heres propter bonam fidem; veluti ſi neſciebat rem eſſe legatam. Ita ipſe in *l.1.v.conteſtata*, & in *l.ult.v.conteſtationem, C.de uſur.& fructib. legator.* Sequitur Bartolus *ibid.*

Hæc explicanda, & examinanda ſunt. Uſuræ nomine hic non venit ea, quæ dicitur conventionalis, hoc eſt fœnus ſortis, quod debetur ex conventione, ſive ſtipulatione contrahentium, curritque ſtatim a prima numeratione pecuniæ. Sed venit ea, quæ dicitur legalis, & eſt acceſſio ad ſortem, quæ ex officio Judicis debetur, & non currit ſtatim, ſed a mora, vel tardiori ſolutione, non ut creditor ſit in lucro, ſed ne ſit in damno, *l.cum quidam, §.ſi pupillo, & §.ex locato, ff.de uſuris.*

Hæc legalis uſura non debetur ex omnibus negotiis, ſed ex contractibus bonæ fidei dumtaxat, ut paſſim in Jure civili cautum eſt, *l.1.* ubi Cujac. *ad Papin. l.mora, d.l.cum quidam, §.ex locato, ff.cit.tit. l.Lucius Titius 24. ff.depoſiti, l.2. C.eod. l.Præſes, C.de locato, & conducto.* Addemus his legata, & fideicommiſſa; nam licet actiones, quibus ipſa petuntur, bonæ fidei non ſint (quippe actiones ex teſtamento ſtricti Juris ſunt, *§.actionum, Inſtitutionib. de actionib.*) tamen ipſarum uſuras poſt moram deberi conſtitutum eſt, *l.1.& 2.C.de fructib.legator. l.Titia Sejo, §.1.lib.2. l.24. ff.de uſufr.legat.* ſcilicet ut ita defunctorum voluntates melius conſerventur. Ex quo etiam factum eſt, ut in quantum ad moram, legata

& fi-

& fideicommiſſa exæquata ſint contractibus bonæ fidei, *l.uſuræ vicem*; *ff.de uſur. l.in minorum* 3. *C.in quib.cauſis in integrum reſtitut.* Hæ vero uſuræ legitimæ non ſunt, hoc eſt, earum quantitas a lege ſtatuta non eſt, ſed ipſarum modus arbitrio Judicis ex more regionis conſtituendus eſt, Papinianus in *d.l.*1. *ff.de uſur.*

Ceterum non ſolum fœnus, ſeu uſura conventionalis, ſed uſura etiam legalis ex ſola & ſimplici mora præſtanda, contra juſtitiam eſt, quæ non patitur, creditorem plus capere, quam illi abſit, ut contra Petrum Gregorium tuetur Leotard. *de uſur. quæſt.*4. *num.*35. *& ſeq.* Quidam tamen excuſant legem civilem; quia hæc legalis uſura vere uſura non eſt, ſed pœna, quæ infligitur ob moram, *d.l.cum quidam*, *§.ſi pupillo*; mora enim delictum eſt, quia per eam injuria afficitur creditor, dum detinetur res ipſius ipſo invito, ut ait Cajet. in 2. 2. *q.*78. *art.*2. *§.nunc ſupereſt.* Ergo aliqua pœna debet puniri, quæ erit uſura iſta legalis. Aliter leges de fœnore excuſantur a D.Th. *l.cit. art.*1. *ad* 3. nempe leges humanas dimittere aliqua peccata impunita, quia inter homines, qui ut plurimum imperfecti virtute ſunt, multa utilia impedirentur, ſi omnia peccata diſtricte prohiberentur. Quare lex humana multa concedit, & impunita relinquit, quæ per divinam Juſtitiam vindicantur, ut ait D.Aug. *de lib.arbitr.*5. Vide *D.Th. 1.2. qu.*96. *art.*2.

Hinc factum eſt, ut Jus Canonicum adhærens Juri Divino, vetet ex ſola & ſimplici mora quidquam exigi poſſe. Si tamen ob eam moram lucrum creditori ceſſet, vel damnum emergat, recte peti poteſt non uſura, ſed id, quod intereſt; nam id, quod intereſt, dicitur id, quod per adverſarium amiſimus, vel habere non potuimus, *l.generaliter*, *ff.de reg.Jur.* Igitur quidquid in præſenti quæſtione dicemus de uſuris juxta Jus civile, id ita capi oportet, quaſi dictum ſit de eo, quod intereſt.

Diſtant uſuræ a fructibus, quia uſuræ accedunt quantitati, non corpori, *l.*3. *§.ult. ff.de uſur.* fructus vero accedunt corpori, non quantitati. Quia autem uſuræ vicem fructuum obtinent, propterea non debent a fructibus ſeparari, & ſimul veniunt in judiciis bonæ fidei, *d.l.uſuræ vicem*, *ff.cit.tit.* Sub nomine fructuum hic late accepto veniunt etiam penſiones domorum, vecturæ navium, & equorum, partus ancillarum, mercedes ſervorum, legata ipſis relicta, & reliqua id genus. Et ita accipitur in *tit. C.de uſuris*, *& fruct.legator.*

Præterea circa moram contrahendam, quinque omnino caſus diſtinguendi ſunt. Primus eſt in obligatione pura, ubi mora per interpellationem contrahitur, ſive in judicio, ut accidit in litis conteſtatione, ſive extra Judicium. Secundus etiam in pura eſt, quæ tamen favore & privilegiis a noſtro Jure foveatur: & in hac obligatione mora ſtatim, re ipſa, & ſine interpellatione commiſſa cenſetur. Tertius quoque eſt circa obligationem puram, ſed cui tempus & dilatio inſit, quo caſu mora contrahitur eo tempore elapſo. Quartus conſideratur in obligatione ſub conditione, vel ea,

quæ

quæ incertum tempus habet ; & in hac quoque hominis interpellatio ad moram exigitur. Ultimus eſt in obligatione in diem, ubi diei lapſus interveniat opus eſt, ut mora commiſſa dicatur. Hæc omnia latiſſime a nobis diſcuſſa ſunt in commentario *de mora*; verum hic pauca hæc ſummatim notaſſe fuit neceſſe, ut præſens quæſtio recte examinari poſſet. Interim meminerimus, moram, quæ contrahitur ſine ulla interpellatione, ſed ex æquitate, in quibuſdam negotiis privilegio dignis, a DD. vocari irregularem: e contrario eam, quæ per interpellationem contrahitur, ſive interpellatio hominis ſit, ſive diei in contractu appoſitæ, dici regularem, Barboſa in *l.mora, num.*8. *ff.ſol.matr.* & alii paſſim.

I. Itaque caſus eſt, cum legatum eſt purum, tunc uſuræ & fructus non debentur, niſi legatarius opportune interpellet heredem; ut ſibi legatum præſtet; nec dicitur opportune interpellare, niſi poſt aditam hereditatem, tum quia ex eo tempore confirmantur legata; tum etiam, quia ex eo etiam tempore legatarius habet Jus agnoſcendi, vel repudiandi legatum. Sed quæſtionis eſt, quæ interpellatio exigatur.

Et quidam veteres Juriſconſulti, de quibus meminit Accurſius in *l.quæſitum eſt* 93. *§.ult. lib.*1. docuerunt, non eſſe ſatis heredem extra judicium a legatario interpellari, ſed omnino exigi litis conteſtationem, quod etiam tuetur Coraſius 2. *miſcell.*7. a *num.*2.

Moventur ex pluribus I. ex *d.l.quæſitum, §.ult.* ubi regula ſtatuitur, cum legata ex teſtamento petuntur, cauſam ejus temporis, quo lis conteſtabatur, repræſentari debere actori, hoc eſt, ſolvi ei deberi non ſolum legatum ipſum, ſed legati acceſſiones ex die litis conteſtatæ. Et loquitur textus generatim de omnibus acceſſionibus, & emolumentis rei legatæ, uti fructus prædiorum ruſticorum, partus ancillæ, obventiones, quæ ſervo legato acquiruntur ex legato ſibi relicto, & ſimiliter. Videtur obſtare textus in *l.un. §.libertatib. C.de cad.toll.* ubi relicta ſervis legatis cedunt ab adita hereditate. Sed id Accurſ. intelligit, quando teſtator legavit ſervum una cum legato eidem ſervo ab alio antecedenter relicto. Et hæc omnia docet legatario deberi ex conteſtatione litis, ſive ſi poſt litem conteſtatam accidant, & percipiantur.

II. Moventur ex *l.*1. *C. de uſur. legator.* in qua manifeſtum eſſe dicitur, uſuras legatorum, fructus rerum, & mercedes ſervorum, quæ ex teſtamento debentur, non præſtari, niſi ex quo lis conteſtata eſt. Idipſum patet ex *l.*2. *in fin.* & clarius in *l.ult.* cujus hæc verba ſunt: *In legatis & fideicommiſſis fructus poſt litis conteſtationem, non ex die mortis conſequuntur, ſive in rem, ſive in perſonam agatur.* Ubi notatu dignum eſt, hinc redargui eorum opinionem, qui docent uſuras & fructus legatorum deberi ex die mortis per retrotractionem, quod hic expreſſe negatur.

III. Moventur ex *l.uſuræ vicem*, juncta *l.lite conteſtata*, *ff.de uſuris*, in quibus tria legatorum judicia comparantur judiciis bonæ fidei:

præ-

præterea in judiciis iſtis uſuras deberi lite conteſtata; tandem, quod dicitur de uſuris, idem locum habere in fructibus. Ex quibus non ſolum habetur concluſio ſuprapoſita, ſed ratio etiam concluſionis, quæ dependet ex regula judiciorum bonæ fidei, in quibus uſuræ veniunt a lite conteſtata.

His tamen non obſtantibus, in quantum ad uſuras (nam de fructibus mox dicemus) recepta eſt opinio Joannis, veteris noſtri Juris interpretis, de quo in *d.l.quæſitum*, *§.ult.* qui voluit, uſuras legatorum deberi quidem a lite conteſtata, ſi alia mora non præceſſit; & ita interpretantur *ll.* omnes ſupracitatæ; nam ſi hæc præceſſit, ut ſi legatarius extra judicium opportune heredem de legato ſolvendo interpellavit, & heres non ſolvat; eo caſu uſuras docuit eſſe præſtandas a die interpellationis iſtius. Quod etiam ſequutus eſt Accurſius, poſt alios Matinis 2. *reſol.*122.

Probant id ex eo, quod paſſim in Jure noſtro generatim dicitur, uſuras legatorum venire ex mora, *l.ſi quis ſervo*, *l.Titia Sejo*, *§.uſuras*, *lib.2.l.1.§.belliſſime,ff.ut legator.nomine caveatur,cum concordantib.* Mora autem contrahitur non ſolum ex interpellatione judiciali, quæ fit per litis conteſtationem, de qua in *l.nemo*, *ff.de verbor.oblig.* ſed contrahitur etiam ex interpellatione extrajudiciali, cum privatim debitor a creditore convenitur, *l.videamus* 38. *§.ſi actionem*, *ff.de uſur.* *l.qui Romæ*, *§.coheredes,ff.de verbor.oblig.*& paſſim alibi. Ergo ſi uſuræ ſimpliciter, & generatim debentur ex mora, conſequens omnino eſt, ut præſtentur non ſolum a lite conteſtata, ſed etiam ab interpellatione extra judicium.

Ita quoque intelligitur id, quod dicitur, in Judiciis bonæ fidei uſuras præſtari ex lite conteſtata; ſcilicet id verum eſſe, ſi alia mora non præceſſit; nam in *l.mora*, *§.in bonæ fidei*, *ff.de uſuris*, generatim habetur: *In bonæ fidei contractibus ex mora uſuræ debentur.* Cum e contrario in contractibus ſtricti Juris uſuræ nequidem a tempore litis conteſtatæ currant, *l.1. C.de condict. indebit.* *l.quoties*, *C.de condict.ob turpem cauſ.* niſi ſint a creditore ſtipulatæ, quo caſu, quod in ſtipulatione conventum eſt, attenditur, *l.quamvis*, *C.de uſur.* Ratio eſt, quia in contractibus ſtricti Juris nihil ſubintelligitur, & id tantum venit, quod expreſſum eſt.

Accurſius tamen in fructibus legatorum aliud Juris eſſe voluit; nam quamvis concedat, in re aliena legato, ſeu legato damnationis, fructus deberi a die moræ; ſecus tamen eſſe docuit, quoties res teſtatoris legata eſt, ut in legato vindicationis; cum enim hujus rei dominium tranſeat in legatarium ab adita hereditate, inde fit ex eodem tempore fructus ejuſdem rei legatario deberi.

Verius tamen eſt, fructus eſſe præſtandos vel ex die litis conteſtatæ, vel ſi præceſſit interpellatio extra judicium, ex die interpellationis; nam in *d.l.ult. C.de uſur. & fructib.legator.* expreſſe dicitur, non ſolum uſuras, ſed etiam fructus legatorum deberi a lite conteſtata, ſive in rem, ſive in perſonam agatur. Ex quibus verbis aperte refellitur reſponſio Ac-

curſii,

cauſſi, qui id accipi voluit de legato rei alienæ, non etiam de re propria teſtatoris; refellitur, inquam, quoniam non poteſt agi in rem, niſi res ſit teſtatoris. Quæ diſtinctio nec etiam recipienda eſt in *l.equis,ff.de uſur.* ubi generatim dicitur, equis per fideicommiſſum legatis, poſt moram heredis fœtus quoque deberi; quamvis ſecus ſit in equitio legato, quod eſt corpus dejunctum; tunc enim etſi nulla mora interceſſerit, fœtus, qui naſcuntur etiam vivo teſtatore, gregi accedunt, ex regula, quod omne rei legatæ augumentum, vel decrementum, pertinet non ad heredem, ſed ad legatarium, *§.ſi grex, Inſtit.de legat.*

Idipſum confirmatur ratione; quia donec legatarius petat legatum, heres tanquam ignorans, vel dubitans, an legatarius legatum velit, dicitur bona fide poſſidere, & propterea fructus omnes, quos percepit, facit ſuos; nam in quantum ad fructus, bonæ fidei poſſeſſor habetur loco Domini, *l.bonæ fidei, ff.de acqu.rer.dom.* Idque manifeſte patet ex eo, quia ſi legatarius 30. annorum ſpatio legatum non petat, actio eſt præſcripta, Faber in *C.lib.7. tit.de præſcr. def.20.*

Conſtat id etiam aperte ex *l.in fideicommiſſi 3.ff.de uſur.* ubi dicitur, fructus fideicommiſſi deberi a die moræ, tam ſi mora facta ſit ab herede ante admonitionem Judicis, ut reſtituat, quam ſi facta ſit poſt admonitionem per litis conteſtationem. Quo etiam in textu traditur nobilis differentia inter utramque moram reſpectu induciarum quatuor menſium, quæ dantur judicatis. Quod hic explicandum eſt ad intelligentiam prædicti textus, alioquin obſcuri.

Sed I. notandum eſt, perſecutionem fideicommiſſi eſſe arbitrariam; utpote in qua duæ ſententiæ interveniebant, quarum prior ſtrictius *Arbitrium* dicitur, juxta textum in *§.præterea quaſdam, Inſtit. de actionib.* At in noſtro textu ambæ indiſtinćte appellantur *ſententiæ*. Primo itaque jubebat Judex, fideicommiſſum reſtitui. Si heres abnuebat, ſequebatur condemnatio, una cum pœnis, veluti ejus, quod intereſt, vel quanti in litem juratum fuerit, Accurſius *d. §.præterea quaſdam, v.ex arbitrio*, & latius ibi a nobis expoſitum eſt. De Prætore fideicommiſſario meminit etiam Juſt. in *§.1. Inſtit. de fideicomm. hereditat.*

Notandum II. Heredi, vel cuilibet alio damnato per ultimam ſententiam, dari inducias quatuor menſium ad ſolvendum gratia humanitatis; *l.ſi cum mihi, in fin. ff. de compenſationib.* hoc eſt, ut *interim reſpiret paululum*, ut interpretatur Harmenopulus.

His poſitis, noſter textus duas regulas ſtatuit. Prior eſt. Si mora ab herede facta ſit ante Judicis arbitrium, ob interpellationem extrajudicialem fideicommiſſarii, a die moræ ſine intermiſſione debentur fructus etiam poſt condemnationem, & per totum ſpatium induciarum; quia *id temporis intercapedo judicatis dilationem dare, non lucrum afferre debet.*

Poſterior eſt. Si mora cœpta ſit poſt arbitrium, per litis conteſtationem, ab eo tempore fructus debentur uſque ad poſtremam ſententiam,

ſeu

ſeu condemnationem. Tempus autem induciarum erit immune a præſtatione fructuum ex decreto D.Marci Antonini; quia enim mora cœpit a lite, effectus moræ, hoc eſt, præſtatio fructuum manebit, lite durante, quæ utique lis durat uſque ad condemnationem, nec comprehendit tempus induciarum, ſeu judicati. Hæc eſt interpretatio illius textus ex Cujacio in *l.cum ſervus, §.fructus, lib.*1. Ex quibus, ut dicebam, palam eſt, fructus fideicommiſſorum ex die moræ deberi, ſive ea in judicio, ſive extra judicium contracta ſit, tam ſi res ſit teſtatoris, quam ſi aliena.

Ex hac explicatione capimus, quid velit Papinian. in *l.qui ſolidum, §.etiam lib.*2. cum ait, *Si Syndicus Univerſitatis,ſeu Reipublicæ,poſt ſententiam de reſtituendo fideicommiſſo moram fecerit, Rempublicam ipſam ad uſuras fideicommiſſi præſtandas teneri*. Quod utique intelligendus eſt de prima ſententia, ſeu de arbitrio Judicis fideicommiſſarii, ex quo tempore ob litis conteſtationem mora judicialis currit; nam ſi intelligatur de ultima ſententia, ſeu condemnatione, falſum eſſet; non enim tunc mora committitur, ſed eſt commiſſa ante, cum lis conteſtabatur.

Hinc apparet, nihil obſtare regulam, quod res fructificat Domino; nam id verum eſt, ſi res a bonæ fidei poſſeſſore non detineatur; quare interpellatione opus eſt, ut heres factus malæ fidei poſſeſſor, fructus, quos poſt moram percipit, reſtituere cogatur.

Sed per Accurſ. multa objiciuntur. I. ex *l.Herennius* 1. *ff. de uſuris*, ubi Modeſtinus reſpondit, *Fructus, qui poſt acquiſitum ex cauſa fideicommiſſi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommiſſarium pertinere, licet major pars anni ante diem fideicommiſſi cedentem præteriiſſe dicatur*. Ex quo textu colligunt, fructus ante petitionem legati, vel fideicommiſſi, ſpectare ad legatarium, vel fideicommiſſarium. Quocirca Accurſ. ibi *v.poſt acquiſitum*, ita interpretando, ait: *Id eſt poſt aditam hereditatem, non a die mortis*.

Hic textus plurimum torſit DD. Sed certum eſt, hic nullum ſermonem haberi de adita hereditate, ſed ſolum de tempore reſtitutionis fideicommiſſi in diem: quo caſu heres ſine interpellatione ex ſolo diei adventu eſt in mora, ut infra in ultimo caſu dicemus. Quæſtio vero fuit inter heredem,& fideicommiſſarium, de fructibus, qui tempore reſtitutionis pendebant; ſpecies enim ita ſe habet. Teſtator rogavit heredem, ut poſt Kalendas Octobres proximas fundum reſtitueret,& mortuo teſtatore Kalendis Januarii, heres adivit hereditatem. Veniente die heres ne eſſet in mora ſe paratum obtulit ad reſtitutionem fundi, ſed fructus vindemiæ, quæ pendebat Kal.Octobris, petiit dividendos inter ſe, & fideicommiſſarium, pro rata anni, utpote qui ab ipſo eſſent curati; nam fundus pro majore parte anni apud ipſum heredem perſtitit. Idque exemplo fundi dotalis, cujus fructus, matrimonio ante annum ſoluto, dividuntur inter virum, & uxorem pro rata anni, *l.divortio in princ. ff.ſol.matrimonio*. Reſpondit tamen Modeſtinus, fructus omnes, qui pendent tempore reſtitutionis,

pertinere ad fideicommiſſarium; nam heres in re, quam reſtituere debet, non eſt tanquam dominus, ut maritus in fundo dotali, ſed habetur ut fructuarius; niſi quod uſusfructus finitur morte, & fruitio heredis finitur adveniente die reſtitutionis. Ergo ſicut finito uſufructu, fructus pendentes omnes non pertinent ad fructuarii heredem, ſed ad proprietarium, etiamſi maturi fructus ſint, *l.in ſingulos, ff.de annuis legatis*; ita quoque adveniente die fideicommiſſi, fructus omnes, qui eo tempore pendent, licet curati ab herede, pertinent ad fideicommiſſarium. Neque enim recipienda eſt opinio Cujacii 24.*obſ.*21. & Gothofredi in *§.his conſequenter, lib.*2. *Feudorum tit.*28. qui volunt, fructus pro rata anni dividendos eſſe inter heredem fructuarii & proprietarium, contra textum in *d.l.in ſingulos*.

Fallitur itaque Faber 7.*conject.*3. dum putat omnes fructus ab adita hereditate ex ſententia Modeſtini ad fideicommiſſarium pertinere, id quod mirabile ipſe eſſe fatetur. Melius dixiſſet id eſſe falſum; nam Modeſtinus loquitur tantum de fructibus, poſt acquiſitum fideicommiſſum, quod in fideicommiſſo in diem acquiritur ex adventu diei, ſive ex diei ceſſione, quæ heredem conſtituit in mora, ſine interpellatione, *l.pecunia, §.uſurarum, ff.de uſuris, l.ad diem, ff.de verb.oblig. l.magnam, C.de contrah.emt.* & infra latius. Sed illud maxime notandum, prædictum textum non loqui de fructibus, qui uſurarum vice ſunt, & ob moram debebuntur; ſed tantum de fructibus, qui pars legati, ſeu fideicommiſſi ſunt, & veniunt ut principales, non ut acceſſorii.

II. Ex *l.quæſitum, ff.de acq.rer. dominio*, ubi Africanus hæc habet: *Si fundum ſuum quis legaverit, heres, qui eum legatum eſſe ſciat, procul dubio fructus ex eo ſuos non faciet*. Unde Accurſ. in *l.*1. *v.fructus, C.de uſur.legator.* deduxit a contrario ſenſu, tunc heredem non cogi fructus ab adita hereditate reſtituere, cum eſt in bona fide, neſciens rem eſſe legatam.

Huic textui, ut Faber ait, *loc.cit.* nullus dum ſatisfecit, ne quidem Cujacius, aut quiſquis ille eſt, qui ad Africanum eleganter ſcripſit. Faber ergo, etiamſi evadendæ difficultatis viam difficilem inventu fateatur, tamen ne quid intentatum relinquat, reſpondit Africanum ſermonem habere non de quavis ſcientia, ſed de ea, quæ certa & vera eſt, ſine ulla animi hæſitatione; quæ in ſpecie noſtra dicitur eſſe, ubi legatarius legatum agnitum ab herede petit, ut propterea hæc ſcientia heredis ſit ex tempore moræ, non etiam ante, cum heres dubitat, utrum legatarius ſit petiturus legatum, an non; etenim dubitans æquiparatur ignoranti, *§.quæ de fullone, Inſtitutionib.de obl. quæ ex delicto naſcuntur*.

Quæ Fabri interpretatio optime comprobatur ex *l.qui ſcit, §.ult. ff. de uſur.* ubi bonæ fidei emtor, qui fundum ſevit, & antequam fructus perciperet, cognovit fundum eſſe alienum, ait Ulpian. eum adhuc perceptione fructus ſuos facere, quia in quantum ad percipiendos fructus, bonæ fidei emtor eſſe intelligitur, quandiu evictus non fuerit. Sicut ergo evictio

red-

reddit ſcientiam emtoris certam, eumque in mala fide conſtituit, & ex eo tempore fructus non facit ſuos;ita etiam ſcientia heredis tunc certa dicetur, cum legatarii petitio accedit, & ante eam, percipiendo, fructus facit ſuos.

II. Caſus eſt, cum legatum eſt quidem purum, ſed præterea intuitu legatarii privilegiis munitur, quo caſu mora fit in rem, hoc eſt, ſine interpellatione,ita ut ſtatim ac legatum peti potuit,heres in mora intelligatur, hoc eſt, ſtatim ab adita hereditate, *l.cum vero, §.apparet, ff.de fideicommiſſariis libertatibus*. Et hæc dicitur etiam mora reipſa, *l.ſi tamen, ff. de minor. l.in minorum, C.in quibus cauſis reſtitutio in integrum.*

Itaque favore minorum 25.annis a D.Marco,& Vero conceſſum eſt, ut pro pecuniariis fideicommiſſis,quæ ipſis relicta ſunt,uſuræ debeantur a die, quo peti potuit, hoc eſt,ab adita hereditate, *d.l.cum vero,§.certe,l.Titia Sejo, §.uſuras*, *lib.2.* Quod deinde paulatim receptum eſt, ut locum haberet in legatis etiam,& in contractibus bonæ fidei per minores initis, ut ſcilicet re ipſa, & ex ſolo tempore tardæ ſolutionis mora facta intelligatur: quod tandem expreſſe conſtitutum eſt in *d.l.in minorum.* In ceteris vero caſibus debere minores interpellatione uti, ut debitores in mora conſtituant, tradit Æmilius Feretus *de mora, n.9.* Menochius *de arbitr. caſu* 220. *num.*17. *in fine.*

Idipſum ab Ulpiano extenſum fuit ad fideicommiſſariam libertatem ſervo relictam: ut puta,ſi ancillæ prægnanti libertas relicta ſit, & libertas jam peti poſſit (quod eſt poſt aditam hereditatem,ſi fideicommiſſum purum ſit) nec tamen petatur: interim vero ancillæ filius jam natus ſit. Cum deinde mater libertatem adipiſcetur, ipſi etiam filius tradetur, ut eum de manu mittat, eoque filius erit matris libertus; quare hic filius tanquam fructus attenditur. Ex die vero, quo libertas petita eſt, filius, qui naſcitur, ingenuus eſt; quod certe mirum eſt, ut ex matre ancilla filius ingenuus naſcatur, *d.l.cum vero, §.*1.

Ceterum iſtæ uſuræ currunt minoribus non ſemper, ſed quandiu minores ſunt; nam poſt impletum annum 25. deſinunt deberi; & ut iterum incipiant deberi,opus eſt, ut mora fiat in perſonam,ſeu per interpellationem, *d.l.Titia Sejo*, *§.uſuras*, ubi Paulus notat, veram moram eſſe tantummodo eam, quæ per interpellationem fit, quam ſufficit ſemel interveniſſe,ut uſuræ perpetuo debeantur; eam vero, quæ fit re ipſa, veram moram non eſſe, alioqui non extingueretur, adhibita tamen diſtinctione textus in *d.l.3. ff. de uſur.* quamvis negandum non ſit, moram quoque appellari in *d.l.in minorum,* & *d.l.ſi tamen.*

Quod diximus, verum eſt, ſi pupillus legatarius tutorem habeat, cui ſolvi poſſit; nam ſi tutore careat, non debentur uſuræ ſtatim ab adita hereditate, ſed ex quo tutor datus eſt; propterea quod heredi imputari non poteſt, ſi legatum non ſolvit, utpote qui etiamſi velit, ſolvere non poteſt; ſolutio enim pupillo ſine tutoris auctoritate facta

debitorem non liberat; & ita a D.Pio reſcriptum notat *Scævola* in *l.cum quidam, §.ſi pupillo , ff.de uſur.* Hoc idem dicendum in minore , qui curatore careat , voluit damnatus Author *de Uſuris* , *num.*205. contra quem pugnat Faber 11. *de error.*2. propterea quod minor ſine curatore eſſe poteſt ; ut enim tutor datur invito, ita curator datur volenti , *l.necnon, ff. de tutorib. §.item inviti, Inſtitutionib.de curatorib.*

III. Caſus eſt , cum legatum eſt quidem pure conceptum , ſed ex re ipſa dilatio ineſt ; quod accidere poteſt tam in legato dandi , veluti ſi legentur fructus futuri, partus ancillarum ; quam in legato faciendi , ut heres meus damnas eſto ire Romam, ædificare Titio domum ; tunc enim incipit actio , & cedit dies, cum ea per rerum naturam præſtari poſſunt , *l.interdum, ff.de verbor.oblig.*

Dubium tamen eſt, utrum hoc caſu exigatur interpellatio, ut mora ab herede intelligatur commiſſa , & per conſequens ut teneatur ad uſuras, & fructus , an potius ſatis ſit lapſus taciti temporis ?

Et Duarenus in *l.ſi inſulam,ff.cit.tit.* docet, ad moram neceſſario interpellationem exigi , quia mora ex perſona fit , non ex re . Giphanius *ibid. num.*5. diſtinguit , ut interpellatio neceſſaria non ſit in obligatione faciendi , *l.ſtipulationes non dividuntur , §.fin. ff.cit.tit.* exigatur vero in obligatione dandi. Et rationem differentiæ addit, quia in dando duæ perſonæ requiruntur, dans, & accipiens: in faciendo una ſatis eſt, nempe faciens.

Verius tamen eſt, in legato puro, cui tempus ineſt, ſive legatum ſit dandi, ſive faciendi, moram ex ſolo temporis lapſu committi, quamvis in legato omnino puro interpellatione ſit opus. Ratio inde pendet, quod in pura obligatione arbitrio creditoris conceditur temporis laxamentum debitori ; nec enim is cum ſacco adeſſe debet , *l.quod dicimus , ff.de ſolutionib.* Quod Julianus dicit accipi ἐν πλάτει , hoc eſt, cum aliqua latitudine, *l.ratum,ff.cit.tit.* Hoc autem temporis laxamentum in obligatione pura conceſſum, non habet certum ſpatium in Jure diffinitum, ſed in arbitrium creditoris rejicitur. Hinc fit, moram non committi, niſi per interpellationem, hoc eſt, niſi creditor admoneat debitorem, ut jam ſolvat, quaſi dicat, jam ſatis temporis laxavi. Verum tamen eſt, hanc interpellationem a creditore fieri non poſſe, niſi poſt decem dies , quod ſpatium in praxi conceditur, *l.promiſſor, ff.de conſtituta pecun.* At vero ſi obligationi tempus ineſt , tempore adveniente, nullum amplius laxamentum concedi intelligitur , cum ſatis ſit, quod interfuit ex tempore , quod ineſt . Unde fit, tempus ipſum pro homine interpellare. Cum ergo tacitum hoc tempus inſit tam in obligatione faciendi , quam in obligatione dandi , conſequens eſt , ut nullo caſu hominis interpellatio exigatur , ut magis communiter receptum eſt ex *d.l.ſtipulationes non dividuntur , §.fin.*

Objicies I. cum Duareno ex *l.mora, ff.de uſur.* ubi dicitur , moram ex perſona fieri , non ex re .

Fa-

Digitized by Google

Facile tamen reſpondetur, in eo loco ſermonem haberi de ea tantum obligatione, quæ pura omnino eſt, ſeu de ea, in qua tacitum tempus non ineſt; & nos e contrario loqui de ea, quæ licet pura ſit, ex re tamen ipſa dilationem continet.

Objicies II. ex Scævola, qui in *l. nulla, ff. de reg. Jur.* ait, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio eſt.

In hujus legis interpretatione mirum in modum ſe torquet Forcatulus *de mora par. 1. n. 9.* & tamen facillimum erat cognoſcere, petitionem non idem eſſe cum interpellatione, ſed denotare Jus petendi, quod ſibi debetur, *l. pecuniæ verbum, ff. de verb. ſign.* Et recte ait Scævola, moram non committi a debitore, niſi jam creditor contra ipſum Jus petendi habeat.

IV. Caſus eſt, ſi legatum ſit ſub conditione, vel die incerta, quæ pro conditione eſt. Et moram non contrahi, nec uſuras, aut fructus deberi per ſolum conditionis eventum, niſi hominis interpellatio accedat, communis opinio eſt apud Jaſonem in *l. quoties, num. 2. ff. de verbor. oblig.* Gomez *2. var. 11. num. 31.* Forcatulus *de mora par. 3. num. 6.* Nam dubium eſt, an eveniat conditio, & quando, ut proinde neutrum horum ab herede prævideri poſſit. Non ergo ex ſolo eventu in mora eſt, ex regula, quod quæ certo prævideri queunt, in culpa conſtituunt, non etiam quæ ſub incerto, *l. ſed etſi, §. ſi feriæ, ff. ex quibus cauſis majores, l. ſi quis domum, §. fin. ff. locati*; quidquid repugnet Leotardus *de uſur. qu. 81. a num. 36.*

Excipit tamen Ant. Gubertus *de mora cap. 4. num. 43. & ſeq.* quoties conditio certo extitura eſt, veluti ſive illud fiat, ſive non fiat, aut, ſi morietur; tunc enim putat, ſolo conditionis eventu moram fieri, modo eventum debitor non ignoret; quoniam, ut ipſe ait, conditio omnino extitura diei certo comparatur, Accurſ. in *l. ſi pupillus, §. 1. ff. de novationibus.*

Verum circa conditionem illam diſtinguendum potius eſt, utrum ſtipulationi, an legato adſcripta ſit, ex Accurſ. in *l. Julianus, v. proficiſcitur, in 1. ſolut. ff. de condictione indebiti*, ſcilicet, ut conditio omnino extitura ſtipulationi adjecta, comparetur obligationi puræ, cui tamen inſit temporis dilatio, & ideo moram contrahi ex ſolo temporis lapſu. At vero ſi legato adſcripta ſit, vere obligatio pro conditionali habeatur, ut propterea hominis interpellatio ad conſtituendum heredem in mora exigatur. Nam in conditione duo eſſe poſſunt dubia, unum de eventu, an ſcilicet res extitura ſit, an non: alterum de tempore, quo res extitura eſt, vivo creditore, an mortuo.

In ſtipulatione dubius tantummodo eventus conditionis attenditur, non etiam tempus, cum nihil omnino interſit, utrum vivo, an mortuo ſtipulatore res exiſtat, dummodo exiſtat; ſemper enim ſpes crediti ad ipſius heredem tranſmittitur, qui purificata tandem conditione rem promiſſam petere poterit, *§. omnis, Inſtitutionib. de verbor. oblig.* Unde factum eſt, ut qui ſub conditione ſtipulatur, quæ omnino extitura eſt, pure videatur ſtipulari, *d. l. ſi pupillus, §. 1. ff. de novationib.* nempe quia eventus

tus

tus dubius non eſt, licet dubium ſit de tempore, quod in ſtipulatione, ut dicebamus, non attenditur. Non tamen hæc ſtipulatio omnino pure cenſenda eſt, ſed aſſimilari debet ei, cui tempus tacite ineſt; propterea quod non ſtatim quod promiſſum eſt, exigi poteſt, ſed expectandum eſt tempus eventus; ita tamen, ut ſi debitor interim ſolvat, repetere tanquam indebitum non poſſit, *d.l.Julianus*; nam quod pure debetur, ſi ſolutum ſit, ejus nulla repetitio eſt.

Hinc patet mirum in modum errare Accurſ. quem Gubertus ſequitur, cum concedendo hanc ſtipulationem non eſſe conditionalem, ait tamen in diem eſſe; errat enim, quia pura ſtipulatio non ſolum opponitur conditionali, ſed etiam ei, quæ in diem eſt, *d.§. omnis*. Eſt ergo vere pura, ut dicitur in *d.l.ſi pupillus*, *§.1.* ita tamen ut ei tempus & dilatio inſit.

Secus eſt de legato, ubi dubium de tempore, quo conditio extitura eſt, maxime attenditur; quandoquidem plurimum intereſt, utrum conditio vivo legatario, an potius eo mortuo exiſtat; nam quod vivo legatario exiſtit, ad ejus heredem tranſmittitur: quod vero eo mortuo, non tranſmittitur, ut ſupra dictum eſt. Ob hoc ergo dubium circa tempus, quod in legato intereſt ſcire, fit, ut legatum ſub conditione, quæ omnino extitura eſt, pro conditionali habeatur, *l.hujuſmodi*, *ff.quando dies legatorum cedat*.

Quoniam ergo pro conditionali in legato habetur, & in ea dubium temporis attenditur, propterea dicendum eſt, ad conſtituendum heredem in mora, exigi ut legatarius opportune interpellet. Secus eſt in ſtipulatione, ubi pura quidam obligatio cenſetur, ſed cui temporis dilatio inſit; proinde non requiritur interpellatio, ut ex jam dictis manifeſtum eſſe poteſt.

V. Caſus eſt, quoties legatum in diem relictum eſt. Et inter omnes fere conſtat, ſtatim ac lapſa dies eſt, moram intelligi ab herede factam, etiam legatario non interpellante. Et hic locum habet regula, dies interpellat pro homine, ſcilicet cum dies expreſſe adſcripta eſt. Ita Harmen.3. *Prochiri 3*. Cujac. in *l.17.ff.de conſtit.pecun.* & in *l.trajectitia*, *ff.de A.& O.* Hotom. *de mora num.*9. Donell.16. *comm*.2. Et patet ex eo, quod Paulus ſcribit, ad diem ſub pœna promiſſa pecunia, & ante diem mortuo promiſſore, non ideo minus pœnam committi, ideoque moram fieri, licet non ſit adita ejus hereditas, *l.ult.ff.de nautico fœnore*, *l.ad diem*, *ff.de verb.oblig.* ubi Alciat. *l.Thais*, *§.intra*, *ff.de fideicomm. libertatib.* *l.magnam*, *C.de contr.empt.* cum concordantibus. Ratio evidens eſt, quia cum dies certa legato definita eſt, potuit ſatis ab herede prævideri dies, & legatum parari. Et ita intelligendus eſt textus in *l.Herennius* 1. *ff.de uſuris*, ut ſupra notatum eſt.

De

De partitione, & an ſit modus acquirendi univerſalis.

Quæstio VI.

Inter varias legatorum ſpecies eam hic examinabimus; quæ eſt de legato partitionis, propterea quod ſingulares quaſdam conditiones habet. Nam legatur aliquando pars hereditatis, aut bonorum, hoc modo, Mævius heres meus hereditatem meam cum Titio partito, dividito; quo caſu dimidia pars hereditatis legata videtur. Poteſt tamen & alia pars legari, veluti tertia, quarta, aut alia quæcunque, *l.nomen filiarum,§.partitionis,ff.de verbor.ſign.* ubi legatum iſtud partitio vocatur, ſicut legatarius dicitur partiarius, *§.poſt quod, Inſtitutionib.de fideicomm.hereditatibus*.Ita etiam Cic.*de legib.& pro Cæcinna*.Hoc quoque eſt,ſi in legato non hereditatis,ſed bonorum mentio habita ſit,exempli gratia,bonorum quartam partem do lego, bona mea partito cum illo.

Inter utrumque illud intereſt, quod parte hereditatis legata, legatarius ſubit partem damni, quo hereditas afficitur ob pretia ſervorum manumiſſorum, & ob impenſam funeris. Quod D.Hadrianus reſcripſit,quia ſcilicet hereditas non minus commoda continet, quam onera, *l.8.§.ult. lib.2.* Ubi notandum, in hereditate duo eſſe onerum genera. Quædam ſunt æs alienum, & de hoc nihil dicitur in *d.§.ult.* quoniam de eo non dubitabatur, debere tranſire pro rata in legatarium partis hereditatis, ut recte ibidem Cujacius advertit. Quædam vero onera ſunt æris alieni loco, ut impenſa funeris, pretia ſervorum manumiſſorum, quæ textus in *d.§.ult.* exempli tantum gratia enumerat; nam præterea his oneribus adjungi debet impenſa auctionis hereditariæ, ſeu ſumtus factus in diſtrahendis, conſervandiſve rebus hereditariis, *l.quantitas, ff.ad l.Falc. l.ubi pure,ff.ad Trebell.* & impenſa publicati teſtamenti,& conſcribendi inventarii, *l.ult. §.in computatione, C.de Jure deliberandi*. His adjungenda eſt dos ex *l.9.lib.2.*ea ſcilicet,quæ non eſt in ære alieno,ſed quæ eſt æris alieni loco. Exempli gratia, Titius paterfam. dotem accepit a nuru, & condito teſtamento filiumfam. maritum heredem ſcripſit, legavitque Sempronio partem hereditatis.Quamvis dies reddendæ dotis nondum venerit,& nondum debeatur, tamen æris alieni loco eſt, & partem oneris ſubibit legatarius partiarius. Idem eſt in caſu l.Falcid. *l.ſi dos ſocero, ff.ad l.Falc.*

Secus eſt, ſi legata ſit bonorum pars, quo in legato nec æs alienum, nec ea, quæ ſunt æris alieni loco, legatarius partiarius ſubit, cum bona intelligantur deductis oneribus, *d.l.9. lib.2.* Fingas ergo, Titius reliquit mille, & partem bonorum legavit Sempronio: utique Sempronius quingenta accipiet ſine oneribus, quibus omnibus obnoxia erunt alia quin-

Digitized by Google

quingenta, quæ ad heredem pertinent. At ſi legaſſet partem hereditatis, quingenta, quæ legatario debentur, dimidiam partem onerum ſerent.

Ceterum in legato portionis hereditatis onera ſicuti etiam actiones non tranſeunt in legatarium ipſo Jure, ſed per ſtipulationes partis, & pro parte, quæ inter legatarium partiarium, & heredem interponebantur de lucro, & damno communicando. Patet id ex Juſtiniano in *§.poſtquam, Inſtitutionib. de fideicommiſſariis heredib.* ubi habetur, poſt Senatuſconſ. Pegaſianum, ex quo retenta quarta reſtituitur hereditas fideicommiſſaria, inter heredem & fideicommiſſarium ſolitas interponi ſtipulationes, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune eſſet. Ait ergo Juſtinianus, id introductum ad imitationem ſtipulationum, quæ interponebantur inter heredem, & legatarium partiarium. Ex quibus palam eſt, onera non tranſiſſe ipſo Jure, ſed remedio cautionum.

Et quamvis ibi Juſtinianus dicat, *Ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur*; tamen ibi nomen bonorum etiam damna complectitur, ut in titulis *de bonorum poſſeſſionibus*; nam oneribus alligabatur ſolum legatarius partis hereditatis, *d.l.8. §.ult.* & proinde cum eo ſtipulationes interponebantur, ut in *l.qui concubinam, §.cum ita, lib.3.*

Hæ ſtipulationes duæ ſunt, una partis, altera pro parte. Stipulatio partis eſt, quam legatarius partiarius de herede ſtipulabatur, hoc modo: *Quam pecuniam ex hereditate L.Titii habueris, vel quæ pecunia ex L.Titii hereditate ad te pervenerit, ejus partem dimidiam dare ſpondes?* Ubi *habere, & pervenire,* intelligebatur cum effectu, ut explicatur in *d.l. nomen filiarum, §.habere*. Stipulatio pro parte eſt, quam heres de legatario ſtipulabatur, hoc modo: *Pro qua parte hereditatis legatum ceperis, pro ea æs alienum, & ſi quid æris alieni loco eſt, ſolvere ſpondes?* Vide Theoph. in *d.§.poſt quod.*

Porro legatum partitionis etiam eſt, ſi legamus hereditatem nobis aliunde obventam, veluti, Do lego Sempronio hereditatem Mævii, id eſt, quæ mihi obvenit morte Mævii. Et hoc quoque caſu Sempronius ſuſcipiet æs alienum, & reliqua onera hereditatis Mævianæ; & viciſſim ei præſtabuntur actiones, & cetera commoda ejus hereditatis; ſcilicet onera, & commoda, quæ extabant tempore mortis meæ, non item onera, quibus ego jam functus ſum, nec nomina debitorum, quæ exegi, *l.cum filius, §.1.lib.2.* De hoc etiam legato eſt textus in *l.Lucius Titius 90.§.quæ marito lib.2.* & in *d.l.qui concubinam, §.cum ita lib.3.*

Sed antequam ulterius progrediamur, quædam ad plenam hujus legati intelligentiam, notanda ſunt.

I. Legatum partiarium ſubjici legi Falcidiæ, ut ſi teſtator leget dextantem hereditatis, heres inde detrahet unciam, ad hoc ut ſibi quadrantem illibatum retineat. Patet id ex Juſtiniano in *§.ſed quia, cum ſeq.* In-

Digitized by Google

Inſtitutionib. de fideic. hered. ubi habet, fideicommiſſarium Pagaſianum comparari legatario partiario; quia tam ex legatis, quam ex fideicommiſſis, heres quartam retinet. Ex quo etiam intelligimus, legatum iſtud præſtandum eſſe manu heredis, ex regula textus in *l.un.C.quorum legatorum.*

II. Legatum partitionis ſine fructibus ab herede reſtitui, & præſtari, niſi mora heredis intercesserit, *l.ſi quis bonorum lib.* 1. Unde colligi poteſt, ea omnia, quæ ſupra in genere de uſuris, & fructibus legatorum diſputavimus, locum etiam habere in partitione.

III. Partitionem fieri debere verbis directis, ut cetera legata; nam ſi teſtator verbis precariis utatur, reſolvitur in fideicommiſſum particulare, veluti, *Te rogo Luci Titi hereditatem meam cum Attio partiaris*: quo caſu non legatum partitionis, ſed fideicommiſſum factum intelligitur, quaſi dixerit, rogo dimidiam partem hereditatis reſtituas, *l.ubi pure*, §. 1. *ff.ad Trebell.*

IV. Si legatarius partis hereditatis rogatus fuerit hanc partem reſtituere, non fieri reſtitutionem ex Senatuſconſulto Pegaſiano, ideoque totum legatum reſtitui, quarta non retenta. Ratio eſt, quia Senatuſconſultum Pegaſianum loquutum eſt de herede, vel quaſi herede gravato, non etiam de legatariis, Ulp. in *l.mulier*, §. *fin.ff.cit.tit.* Ubi interim notandum primo, legatarium portionis hereditatis quaſi heredem non eſſe. Notandum etiam, antiquos Juriſconſultos diſceptaſſe de validitate hujus legati, & tandem receptum fuiſſe valere; nam ait Ulp. *Legari enim poſſe etiam portionem hereditatis placet nobis.*

V. Heredem ante partitionem deducere id, quod ſibi defunctus debebat, *l.ab omnibus*, §. *ult. lib.* 1. Cui textui obſtare videtur, quod vulgo traditur, aditione hereditatis Jura confundi, & tolli. Verum quamvis quæ in Jure noſtro de confuſione per aditionem traduntur, obſcura admodum ſint, tamen quod attinet ad creditorem, qui ſuccedit debitori, duo caſus diſtinguendi ſunt.

Prior eſt, ubi creditor debitori ſuccedit ſine onere reſtituendi; & ex aditione ita intelliguntur confuſa Jura debitoris, & creditoris, quaſi ſolutio facta ſit: propterea extincta eſt omnis obligatio naturalis, & civilis, *l.Uranius, in princ. ff.de fidejuſſ.* Idipſum eſt, ſi debitor ſuccedat creditori, nullo fideicommiſſo gravatus, *l.ſi id* 22. *ff.de liberatione legata.* Ratio eſt, quia cum obligatio ex genere relativorum ſit, & duos terminos exigat, tamen in caſibus propoſitis deficit alter terminus, vel creditoris, vel debitoris.

Poſterior eſt, cum creditor ſuccedit debitori cum onere reſtituendi, ex aditione confunduntur quidem Jura, ſed ſolum in quantum ad obligationem civilem, quia aditio de Jure civili eſt, at remanet obligatio naturalis, *l.debitor ſub pignore, circa medium, ff.ad Trebell.* Similis huic eſt caſus *d. l.ab omnibus*, §. *ult.* ubi heres idemque creditor juſſus eſt hereditatem partiri cum alio; ſimilis ideo, quia legatarius partiarius com-

paratur fideicommiſſario ex *d. §. poſt quod, de fideic. hered.* Quocirca cum heres adit, confunditur obligatio civilis, remanente naturali, quæ concedit heredi retentionem crediti, non etiam repetitionem: propterea in *d. §. ult.* dicitur, deducta pecunia credita, partem hereditatis dari. Hæc alibi a nobis latius tradita ſunt.

VI. Legata bonorum, vel hereditatis parte, heredem habere electionem, ut partiario præſtet vel rerum partem, vel æſtimationem. Excipe, ſi res naturaliter indiviſæ ſint, ut Stichus, Jus; vel ſi ſine damno diviſio earum fieri non poſſit; tunc enim heres electionem non habet, ſed æſtimationem omnino præſtare debet, *l. non amplius 26. §. cum bonorum lib. 1.* Verum cum heres præſtat partem, non cogitur legatarius accipere ex ſingulis rebus partem: nam hæc fortaſſe vix erit uſui. Sed poteſt heres, conſentiente legatario, vel Judice auctore, illam partem legatam præſtare in paucioribus, vel etiam in una re: atque ita ſingulæ res hereditariæ diviſionem non patientur, *l. poteſt 27. lib. 1.*

VII. Partiarium non habiturum partem in iis rebus, quas ſubtraxit, Harmen. 5. *procbiri* 10. Cujacius ad *l. 9. lib. 2.* Et ita intelligendus eſt textus in *l. non eſt dubium, C. de legatis*, ubi legatarius, qui rem legatam ſubtraxit, cadit a Jure ſuo. Quod omnino de legatario partiario capiendum eſt, ut patet ex illis verbis, *Pro portione competenti*; nam ceteri legatarii reſtituunt quidem rem legatam, quam ſua auctoritate occuparunt, ſed eandem non amittunt, *l. 1. ff. quod legatorum, l. un. C. cit. tit.*

Non diſſimiliter heres in rebus, quas ex hereditate ſubtrahit, portionem legis Falcidiæ non habet, tanquam ſi iſtæ in hereditate relictæ non fuiſſent, ut habet Paulus in *l. 24. ff. ad l. Falcid.* Idque ex novo Jure eſt, & ita *reſcriptum a Principe* refert Marcellus in *l. reſcriptum 6. ff. de his, quæ ut indignis.* At quo Principe? Ambigi non poteſt, Marcellum ita abſolute de Principe loquentem, capi oportere de eo, qui per ea tempora rerum potiebatur. Intellige ergo de Antonino Pio, in cujus conſilio fuit Marcellus, ut ex *l. non putabam, ff. de condit. & demonſtr.* monet Cujac. in *l. 5. ff. qui teſtamenta fac. poſſ.* Quocirca ante hujus Principis reſcriptum heres non poterat a legatariis conveniri, niſi ut ablatum in hereditate reponeret, vel ſibi in Falcidiam imputaret. Hodie in eo quartam non retinet. Exemplum pone ex eodem Marcello: is, qui quadringenta habebat, ea univerſa legatis exhauſit. Ex his heres 100. ſubtraxit. In reliquis tantummodo trecentis quartam Falcidiam retinet, ideſt 75. proinde ducenta viginti quinque præſtabit legatariis. Sed quid fiet de centum, quæ ſubtraxit? Septuaginta quinque dabit legatariis, reliqua ſumma, ideſt 25. ad fiſcum veniet, *d. l. reſcriptum*. Atque ita demum verum eſt, quod Paulus dicebat, hæc 100. ita haberi, quaſi in hereditate relicta non ſint. Quod intelligitur reſpectu heredis, ut recte Accurſ. explicat: non etiam reſpectu legatariorum, & fiſci, quorum beneficio cedunt.

Itaque quæ heres abſtulit, ſunt in numero ereptitiorum. Quod vocabulum

Digitized by Google

bulum legitur apud Ulpianum in *Fragm. tit.* 19. *§. lege.* Ereptitia Veteres appellant, quæ indignis eripiuntur variis ex cauſis, & transferuntur ad fiſcum, vel ad legatarios, vel ad aliam perſonam cum onere, Cujac. in *Paratitl.* ad *tit. ff. de his, quæ ut indignis auſer.* Sic ergo in ſpecie propoſita, centum, quæ ſubtraxit heres, ab ipſo ob fraudem eripiuntur, & partim cedunt fiſco, partim legatariis præſtantur. Hæc eadem locum habent, ſi heres rem propriam eſſe contendat, quæ deinde hereditaria eſſe convincatur; nihil enim intereſt, ſubtraxerit, an hereditariam eſſe negaverit; *l. computationi* 68. *§. ſi quis, ff. ad l. Falcid.*

Alia tamen pœna heres plectitur a Juſtiniano in *l. ult. §. licentia, C. de Jure delib.* Nam ſi non bona fide conficiat Inventarium, quidpiam hereditarium celet, nec deſcribi curet, convictus in duplum reſtituit, vel duplum hereditati imputat. In duplo ineſſe ſimplum non dubitatur, & actio miſta eſt. Ita heres, qui in fraudem legatariorum diminuere ſtuduit hereditatem, hac ſua fraude auget. Finge, teſtator 400. reliquit, & legatis exhauſit: ex his heres celavit 100. aucta jam intelligitur hereditas ad 500. Et juxta hanc ſummam legis Falcidiæ ratio ineunda eſt; hoc modo, quarta hereditatis ita auctæ ſunt 125. Hæc retinebit heres; ex quibus centum de ſuo ſunt, 25. ex bonis defuncti, & hæc tantummodo in vero lucro ſunt. Quod ſi nihil ſubtraxiſſet, cum in hereditate ſint 400. ex his centum nomine Falcidiæ retinuiſſet. Itaque amittit 75. quæ ereptitia ſunt, & legatariis cedunt.

Hæc ſi attendiſſet Accurſ. utique non quæſiſſet, an Inventarium nullum ſit? Quæ quæſtio difficilis adeo ipſi viſa eſt, ut eam non reſolvat, ſed relinquat indeciſam. At facile erat videre, nullo inventario, nihil opus fuiſſe plectere heredem in duplum. Plus enim amittit heres, ubi inventarium nullum eſt, quam ubi plectitur in duplum; quippe Inventario nullo, legata pro ſolido præſtantur, & heres Falcidiam omnino amittit, *d. l. ult. §. ſin vero*; at præſtando duplum ejus, quod ſubtraxit, interdum quidpiam ex lege Falcidia lucratur, & legata pro parte intercidunt, ut jam viſum eſt.

Illud potius erat inquiſitione dignum, utrum poſt novam legem Juſtiniani, actione, quæ ex reſcripto D. Pii competebat, uti nobis hodie licebit? Et cur non liceat, non video, quandoquidem ea Juſtiniani lex non prohibet, ne veterem exerceamus actionem. Regula enim Pauli eſt in *l. quoties, ff. de oblig. & act.* quoties lex obligationem introducit, niſi nominatim caverit, ut ſola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere. Plura ejus rei lucculenta extant in Jure noſtro exempla, unum ſit ſatis. Pro arboribus ſucciſis lex Aquilia novam obligationem introduxit, ut qui ſuccidit teneatur quanti plurimi res eo menſe fuit: quæ actio miſta eſt. Quia tamen nominatim veteres actiones non ſubſtulit, licitum propterea nobis eſt uti actione pœnali ex lege XII. tabularum, *l. 1. ff. arb. furt. cæſarum.* Pœna eſt, ut in ſingulas arbores ſucciſor luat æris 25. Pli-

Digitized by Google

nio teſte *lib.17. cap.1.* Palam autem eſt, Juſtinianum in *d.l.ult.§.licentia,* etſi novam actionem contra heredem ſubtrahentem res hereditarias inducat, tamen nominatim non cavere, ut ſola ea actione utamur. Unde fit, ut actioni ex reſcripto D. Pii non ſit abrogatum. Hæc actio pœnalis eſt, illa Juſtiniani miſta.

Sunt ergo hæ actiones concurrentes. Et DD. qui de concurrentibus actionibus agunt, poſſunt hoc exemplo earundem numerum augere: quod a nullo hactenus, quod ſciam, animadverſum eſt. An vero una aliam conſumat, alibi a nobis explanatum eſt. Et ita teneamus oportet, propoſita actione miſta, pœnali amplius locum non eſſe: quod ſi actum prius ſit actione pœnali, non prohibeor actione miſta uti; officio tamen Judicis reus non condemnabitur, niſi in eo, quod plus eſt in poſteriori actione, *l.1. ff. de vi bonorum rapt.*

Jam de hoc legato partitionis dubitatur, utrum ſingulare ſit, an univerſale, ſeu quod perinde eſt, utrum particularis modus acquirendi ſit, an univerſalis?

Et Rogerius quidem relatus ab Accurſ. in *l.8.§.ult. lib 2.* quem ibidem Cujacius ſequitur, docet diſtinguendum eſſe inter Jus vetus, & novum; quippe ex veteri Jure non fuiſſe niſi particularem modum ait: at de novo eſſe modum univerſalem.

Probant I. quia onera & commoda, quæ olim in legatarium tranſibant per ſtipulationem partis, & pro parte, hodie tranſeunt ipſo Jure, tum quia Juſtinian. in *d.§.poſt quod,* inquit: *Quæ ſolebant ſtipulationes inter heredem, & partiarium legatarium interponi;* ſi ergo ſolebant interponi, inde fit tempore Juſtiniani amplius interponi non conſueſſe; tum etiam quia Juſtinianus *ibid.* in *§ ſed quia*, dicit ſubſtuliſſe ſe ſtipulationes inter heredem, & fideicommiſſarium Pegaſianum, quia captioſæ erant; quæ ratio etiam locum habet in ſtipulationibus, quæ interponi ſolebant inter heredem, & legatarium partiarium, quippe eædem erant, ut in *d.§.ſed poſt;* ergo iſtæ quoque ſublatæ ſunt.

Probant II. ex verbis Juſtiniani in *l.ult. §.ſin autem ſub conditione, C.commun. de legat.* quæ ita habent: *Legatum, vel fideicommiſſum univerſitatis, vel ſpeciale.* Ubi duo videtur genera legatorum ſtatuere ad exemplum fideicommiſſorum, ſcilicet ut unum ſit legatum ſpeciale, quo ſingulæ res quæruntur, alterum univerſale, cum pars hereditatis, vel bonorum relinquitur.

His tamen minime obſtantibus, verior eſt ſententia Ant. Fabri 18. *conject.* 18. & Alex.Turam. *de exæquat, c.2.* dum volunt, legatum quodcunque ſemper eſſe particularem acquirendi modum, tam veteri Jure inſpecto, quam novo.

Et probatur I. propterea quod nuſquam in toto Jure Juſtinianæo leguntur alii modi acquirendi univerſales, quam hereditas de Jure civili, bonorum poſſeſſio de Jure prætorio, arrogatio ex moribus Populi Romani, & tan-

Digitized by Google

& tandem addictio bonorum ex reſcripto D. Marci. Legatum vero nonniſi inter particulares acquirendi modos recenſetur, ut patet ex *§. ult. Inſtit. per quas perſonas nob. acquiritur.*

Quod ſi dicas, iſtos eſſe principales, ſeu veros modos univerſales, ſed dari præterea alios ſuccedaneos, ſeu ſimilitudinarios, veluti eſt fideicommiſſum univerſale, ex Trebelliano, quod imitatur hereditatem, ſicuti ipſe fideicommiſſarius eſt loco heredis, *§. reſtituta, Inſtitut. de fideicomm. hereditat.* Ergo eodem modo legatum partitionis eſſe poteſt modus univerſalis ſuccedaneus. Tamen negamus unquam legatarium partiarium eſſe loco heredis. Quod ut clare conſtet.

Probatur II. legatum partitionis non imitatur hereditatem; ergo non eſt modus acquirendi univerſalis. Antecedens propoſitio manifeſte habetur ex Juſtiniano in *d. §. reſtituta, cum duob. ſeqq.* ubi cum dixiſſet, fideicommiſſarium aliquando heredis, aliquando legatarii loco haberi: id explicans, ſubdit, poſt Senatuſconſultum Trebellianum, ex quo hereditas univerſa reſtituebatur, datis ei & in eum utilibus actionibus, fideicommiſſarium habitum loco heredis: deinde lato Senatuſconſulto Pegaſiano, ex quo proinde quartam retinebat heres, atque ob legem Falcidiam ex legatis, cœpiſſe fideicommiſſarium haberi non loco heredis, ſed loco legatarii partiarii. Ergo legatum partitionis non eſt loco hereditatis, & proinde modus acquirendi univerſalis non eſt. Idipſum habetur ex *d. l. mulier, §. fin. ff. ad Trebell.* ubi aperte dicitur, legatarium partiarium non eſſe heredem, nec quaſi heredem; & proinde non poſſe ex Senatuſconſulto quartam detrahere, ſi fideicommiſſo gravatus ſit.

Neque ea, quæ in contrarium opponuntur, quidquid obſtant. Nam quod primo dicitur, hodie ſublatis veterum ſtipulationibus, actiones activas & paſſivas ipſo Jure tranſire in legatarium partiarium; dicimus id verum eſſe de actionibus utilibus, non etiam de directis, ut patet ex eo, quod licet Juſtinianus eodem modo ſuſtulerit ſtipulationes inter heredem, & fideicommiſſarium Pegaſianum; tamen ipſi fideicommiſſario hodie non acquiruntur, niſi utiles actiones, ſive activæ, ſive paſſivæ; propterea quod Juſtinianus ea obſervari voluit in fideicommiſſario Pegaſiano, quæ erant in Trebelliano, cui & in quem Prætor fideicommiſſarius utiles tantum dedit, *d. §. reſtituta.* Quocirca actiones directæ remanent apud heredem, ut erat etiam olim ante, & poſt ſtipulationem, *d. l. qui concubinam, §. cum ita, lib. 3.*

Id confeſſus eſt Accurſ. ipſe in *l. cum filius, §. 1. lib. 2.* ubi de legata hereditate loquens, ait legatario partiario præſtari actiones activas directas per ceſſionem ei factam ab herede, quæ niſi fiat, legatarius non habebit, niſi utiles. In quantum vero ad actiones paſſivas, idem Accurſ. poſt Azonem ibidem docet, illis legatarium alligari, vel promittendo creditoribus animo novandi, vel ipſo Jure. Quod non recte explicat Cujac. nam mens Azonis eſt, per novationem acquiri directas, ipſo Jure tranſire utiles.

Jam

Digitized by Google

Jam tranſitus actionum utilium ipſo Jure, per ſe ſolus, non conſtituit modum acquirendi univerſalem; quippe ex legato nominis acquirit legatarius ipſo Jure actionem utilem contra nomen, ſeu debitorem; acquirit vero directam ex ceſſione heredis, *l. ex legato, C. de legatis*, & de hac directa actione intelligitur textus in *l. ſi ſic*, §. 1. & *§. legatum ita, l. ſervum filii, §. eum qui Chirographum*, *lib.* 1. Quod etiam eſt aliquando in contractibus, veluti ſi nomen fuerit in dotem datum, vel venditum, *l. nominibus, C. de act. & oblig. l. emtor, C. de hered. vend.* Quod eſt conſtitutum a D. Pio, qui reſcripſit generatim, utiles actiones emtori hereditatis dandas, *l. ſi cum emtore, ff. de pactis.* Sicut ergo legatum nominis non minus eſt modus acquirendi particularis, quamvis utilis actio tranſeat in legatarium, ita quoque de legato partis hereditatis eſt.

Neque II. obſtat Juſtinianus in *d. l. ult. §. ſin autem ſub conditione*, quia verba illa, *Univerſitatis, vel ſpeciale*, non cadunt ſuper legato, ſed ſolum ſuper fideicommiſſo, cui proxime conjunguntur. Propterea in Inſtitutionibus Juſtinianus duos propoſuit titulos, unum de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis, alterum de fideicommiſſariis hereditatibus, quod nunquam fecit de legatis.

Hæc de legato partitionis attento Jure Digeſtorum, & Codicis. Puto tamen ex Jure noviſſimo Authenticorum, ex quo poteſt teſtator prohibere heredi Falcidiam, adeoque totam hereditatem legatis, vel legato exhaurire, *Novella 1. de heredibus, & Falcid. cap. 2. §. ſi vero expreſſim*; puto, inquam, hoc Jure dari aliquando legatum univerſale, quod imitatur hereditatem, ſi ſcilicet teſtator leget totam hereditatem, prohibita Falcidiæ detractione.

Idque manifeſte patet ex fideicommiſſario Trebelliano, qui eſt loco heredis propter duo, quæ ſimul concurrunt; quia tranſeunt in eum ipſo Jure actiones utiles tam activæ, quam paſſivæ; & quia ſimul tota ei hereditas reſtituitur, *d. §. reſtitutam*. Sed in legatarium hereditatis hæc etiam duo reperiuntur: acquirit enim & utiles actiones, ut patet ex dictis, & totam hereditatem, quia prohibitam ponimus Falcidiam. Ex quo eſt loco heredis; & proinde ſicut illud dicitur fideicommiſſum univerſale, ita quoque univerſale legatum iſtud erit dicendum. Et recte notat Cujac. *loc. cit.* nec etiam hodie omnem fideicommiſſarium imitari heredem, ſed eum ſolum, cui tota hereditas reſtituitur; nam is, cui reſtituitur, detracta quarta, non erit, niſi loco legatarii partiarii.

Quoniam vero ex prohibitione Falcidiæ Jus legatorum reducitur ad eum ſtatum, quo erat ex legibus Decemviralibus, ideo nihil mirum ſi huic legato univerſali non convenit definitio Modeſtini, ut ſit delibatio hereditatis; quæ definitio, ut ſupra notavimus, eſt de Jure novo, non etiam de antiquo, ex quo legatum poteſt eſſe non ſolum oneratio, ſed etiam exhauſtio hereditatis.

Præterea, quia legatum iſtud imitatur hereditatem, inde fit exorbita-

re

Digitized by Google

re a qualitatibus ceterorum legatorum, inter quas ea eſt, ut legatum acquiſitum nunquam illi damno eſſe poſſit; ſecus eſt de hereditate, quæ interdum damnoſa eſt, *l.ſi hereditatem, ff.mandati.* Quare fieri etiam poteſt, ut legatum iſtud univerſale aliquando damno ſit legatario; id quod pariter de legato partitionis videtur dicendum.

Tandem nihil obſtat, legatum non computari inter quatuor modos acquirendi univerſales; non ſolum quia illi proprie tales ſunt, & legatum univerſale per ſimilitudinem; ſed etiam quia hoc eſt ex noviſſimo Jure.

An legatum a patre filiæ relictum compenſetur cum dote, ad Modeſtinum in *l.Titia 34. §.qui invita, lib.2.*

QUÆSTIO VII.

Species duplici modo concipi poteſt. Primo, pater nuptui tradens filiam, quam in poteſtate habebat, pro ea dotem genero promiſit, nec ſolvit. Deinde condito teſtamento, filiam exheredavit, vel ut olim erat, jam emancipatam præteriit, ei tamen legatum reliquit. Secundo, ſi pater promiſit & ſolvit dotem; at ſoluto deinde matrimonio, eam a marito exegit, filia abſente; tandem condito teſtamento, exheredatæ filiæ legatum relinquit. His caſibus quæſtio eſt, utrum legatum compenſetur cum dote, ut filia, quæ legatum agnovit, excludatur a dote: an potius poſſit filia & legatum, & dotem conſequi?

Sed ut ſeparemus certa ab incertis, meminiſſe oportet quæſtionem non agitari in eo caſu, quo pater dotem pro filia promiſit, & deinde dotem filiæ legat; conſtat enim filiam non poſſe utrumque conſequi, & convenire inter ſe generum, & filiam debere, ut alterutra actione contenti ſint, ſcilicet vel ut gener agat ex promiſſione, vel ut filia ex teſtamento, *l.hujuſmodi, §.cum pater, lib.1.* dummodo filia non oſtendat, patrem hoc animo legaſſe, ut ei duplicaret dotem; quippe duplicatio hæc dotis in dubio non præſumitur, *l.Lucius Titius, §.impuberem, lib.2.* Idipſum eſt, ſi legatum fuerit a patre relictum dotis nomine, vel ſaltem ſi ab herede probetur hoc animo patrem reliquiſſe; nam hoc etiam caſu filia alterutro debet eſſe contenta, *l.2. in princ. ff.de dote prælegata.* Quod ſi plus ſit in legato, quam in dote, & filia dotem elegerit, poteſt legati exceſſum ex teſtamento petere, *l.Titia, §.qui invita, lib.2. l.ſi filia, §.item Papinianus, ff.fam.erciſc. l.quod pure, §.1. ff.quando dies legatorum.*

Hæc eadem locum habent, ſi maritus uxori pro dote compenſandi animo legatum relinquat. Unde ſi maritus pluribus inſtitutis heredibus,

ab

Digitized by Google

ab uno eorum leget uxori,& uxor dotem ſuam ferre, quam legatum,malit, quæſitum eſt, a quo dos ſolvenda ſit ? Et reſpondetur dotem eſſe præſtandam ab eo herede, a quo fuit legatum : quod ſi dos excedat legatum, reliqua pars,quæ ſupereſt,ab omnibus heredibus præſtabitur.Ita Terentius Clemens in *l.cum ab uno* , *lib.2.* qui monet hæc eadem dicenda eſſe, ſi uxor pro parte heres inſtituta,omittat hereditatem,& dotem petat, nempe uxorem habere actionem in ſubſtitutum ſuum . Vide quæ ſcripſimus in *tit. ff.ſol.matr. de edicto de alterutro.*

Quæſtio ergo ſolum eſt, cum pater debitor dotis , vel quia eam promiſit, necdum ſolvit, vel quia eam a genero exegit,filiæ ſimpliciter legat; nec probatur, patrem aut animo duplicandi , aut compenſandi reliquiſſe. Quæſtio, inquam , eſt , utrum filia alterutrum eligere debeat, an utrumque petere poſſit ?

Oritur hæc quæſtio ex duabus inter ſe contrariis legibus.Nam Pomponius in *l.ſi pater, ff.de collat.dotis* , loquens de patre , qui pro filia dotem promiſit , eique legatum in teſtamento dedit , expreſſe ait filiam & legatum habere, & dotem . Verba ſunt: *Si pater pro filia dotem promiſerit , deinde vel exheredatæ , vel etiam emancipatæ & præteritæ, legatum dederit; habebit filia & dotem præcipuam , & legatum* . E contrario, Ulpianus in *l.ſi cum dotem, §.ſi pater, ff.ſol.matr.* ſermonem inſtituens de eo caſu , quo pater ſoluto matrimonio dotem exegit a genero , docet filiam legato patris contentam eſſe debere. Ejus hæc verba : *Si pater filia abſente de dote egerit , etſi omiſſa ſit de rato ſatiſdatio , filiæ denegari debet actio , ſive patri heres extiterit , ſive in legato tantum acceperit, quantum doti ſatis eſſet. Et ita Julianus in pluribus locis ſcribit,compenſandum ei in dotem , quod a patre datur : lucroque ejus cedere , ſi tantum ab eo conſecuta ſit , quantum ei dotis nomine debebatur a marito , qui patri ſolvit.* Vel ut Cujacius legit, *Si amplius ab eo conſecuta ſit, quam, &c.*

Et quidem pro hac antinomia ſolvenda Cabotius 1. *var.diſputat.*c.8. duos diſtinguit caſus ; vel enim dos a patre promiſſa eſt genero , nec ſoluta; & ait, dotem & legatum filiæ deberi, ut in *d.l.ſi pater*; vel pater dotem, quam ſolvit, poſt matrimonium ſolutum exegit a genero ; & docet, filiam legato debere acquieſcere ex *d.l.ſi cum dotem, §.ſi pater.* Rationem diſcriminis eam eſſe dicit, quia in priore caſu,cum dos eſt promiſſa, nondum abſceſſit ex bonis patris, nec adhuc filiæ facta eſt , nec tam debetur filiæ,quam genero, cui promiſſa eſt, qui poſtquam tradita ſibi dos fuerit, Dominus dotis efficietur . Cum ergo pater nihil debeat filiæ , non poteſt videri animo compenſandi legatum reliquiſſe, quia compenſatio eſt inter debitorem & creditorem ; nam compenſatio eſt debiti & crediti invicem facta contributio, *l.1. ff.de compenſationib.* In poſteriori caſu, ubi dos ſoluto matrimonio a patre exacta eſt , pater intelligitur quodammodo eam debere filiæ, quia maritus conventus a filia, dotem a patre repetet ; quia ergo pater eſt quodammodo filiæ debitor,ideo cum legat, animo compenſandi legaſſe videtur.

Hanc

Digitized by Google

Hanc tamen diſtinctionem merito rejicit Schifordegherus *lib.3. tract.13. quæſt.5.* nam nec verum eſt, dotem promiſſam non abſceſſiſſe ex bonis patris, ut palam eſt ex Tryphon. in *l. fin. ff.de collat: dotis*, ubi hæc habet: *Ergo non ſolum data dos apud maritum remanebit, ſed & promiſſa exigetur a fratribus, & eſt æris alieni loco; abſceſſit enim a bonis patris.* Itaque duo docet, & dotem abſceſſiſſe ex bonis paternis, & ejus rei rationem eſſe, quia ex promiſſione eſt æris alieni loco, ſive factum eſt debitum patris; & quanto plus quis debet, tanto minus in bonis habet: unde debitum non dicitur *æs ſuum*, ſed *alienum*. Præterea verum non eſt, patrem poſt exactam dotem eſſe quodammodo debitorem filiæ; nam gener etiam poſt ſolutam dotem patri, debitor filiæ remanet; *l.qui hominem, §.ſi gener, ff.de ſolutionib.* illis verbis: *Si gener ſocero, ignorante filia, dotem ſolviſſet, non eſt liberatus*; nempe quia pater ſine voluntate filiæ, nec exigere, nec accipere dotem poteſt, *l.2.C.ſol.matrim.* Quare filia non in patrem, ſed in maritum actionem habet.

Nec quidquam juvat illud, *quodammodo*, quo ſe tuetur Cabotius; nam ſi quidquam valeret, haberet etiam locum in dote promiſſa, quam pater quodammodo filiæ debet. Si ergo nihil hic operatur, nihil etiam operabitur illic.

Itaque communiter Doctores nihil hic diſtinguunt inter dotem promiſſam, & exactam. Nec tamen inter ſe concordant. Nam quidam contendunt, ſemper legatum cum dote compenſari, ſive dos promiſſa tantum ſit, ſive ſoluta & exacta. Ita DD. cum Mantica 10. *de conject. ultim. volunt. tit.2.* Menochio 4. *præſumt.*109. Petro Barboſa in *d.l.ſi cum dotem, §.ſi pater*, Joanne Roberto 2. *adverſ.*16.

Quod præter *d.§.ſi pater*, probant ex eo, quia debitum neceſſarium compenſatur cum legato: & ita vocant id, quod ex legis diſpoſitione debetur: quod rectius diceretur debitum naturale, ſicuti legitima, quæ filiis relinquitur, debitum naturale dicitur, *l.ſcimus, §.illud, C.de inoff.teſtam.* vel debitum legitimum, ut portio, quæ patrono debetur, debitum legitimum eſt, *l.ſi patronus, in princ. ff.de bonis libertor.* Sed dos, quæ filiæ debetur, eſt debitum neceſſarium, naturale, legitimum, *l.capite*, *l.qui liberos* 19. *ff.de ritu nuptiarum*, *l.fin. C.de dotis promiſſione.* Ergo cum legato compenſatur.

Ceterum, quod debitum legitimum cum legato compenſetur, demonſtrant ex pluribus. Primo, ex *l.omnimodo, C.de inoffic.teſtam.* ubi legatum a patre filio factum imputatur legitimæ, itaut ſi minus legitima ſit, agi ſolum a filio poſſit ad ſupplementum. Secundo, ex *auth.præterea, C. unde vir & uxor*, ubi legatum uxori pauperi factum imputatur in quartam, vel virilem, quæ uxori indotatæ debetur ex bonis viri locupletis præmorientis.

Alii vero in contrariam ſententiam euntes, contendunt, legatum ſimpliciter a patre filiæ factum nunquam cum dote compenſari, ſive eam

Tt pa-

Digitized by Google

pater promiſerit tantum genero, ſive ſolutam ab eodem exegerit, juxta ea, quæ habentur in *d.l.ſi pater, ff.de collat.dotis*. Cujac.3. *obſ*.16. Mercator 2. *notar.in Robertum* 16. Fab.4.*conjeƐt*.9. Schifordegh. *d.traƐt*.13. *per tot*. Coraſius 3. *miſcell*.1. Fach.5.*contr*.33. Duarenus in *d.l.ſi cum dotem*, *§.ſi pater*. Quæ ſententia vera eſt.

I. Probatur ratione generali, quia alia mens eſt legantis, alia compenſantis; nam legantis mens eſt donationem conferre, quia legatum eſt donatio teſtamento relicta, *l.legatum lib*.2. & merito, cum legatum ſit in genere liberalitatis, *l.cum non facile, ff.ſi cui plus, quam per legem Falcidiam, l.ſi unum, §.ſi Falcidia, lib*.2. Compenſantis vero mens eſt, ut ſe a debito liberet, cum compenſatio pro ſolutione habeatur, nec minus debitorem liberet, quam ſolutio; eſt enim debiti & crediti invicem facta contributio, *l.1.ff.de compenſationib*. Ergo ex legato non poteſt induci mens compenſare volentis: quocirca Paulus ait, voluntatem teſtatoris compenſare volentis evidenter oſtendi debere, *l.creditorem, lib*.2.

II. Probatur ratione ſpeciali in caſu dotis; nempe compenſatio fit inter debitorem, & creditorem, ut patet ex definitione compenſationis in *d.l.*1. At pater, qui pro filia promiſit dotem genero, non eſt debitor filiæ, ſed generi, cui promiſit: ita etiam ſi ignorante filia dotem exegit, ſolum generi debitor eſt, ut diximus ex *l.qui hominem, §.ſi gener.ff.de ſolutionibus*. Ergo cum pater legat filiæ, non poteſt compenſatio induci. Quod ut rectius percipiatur, meminiſſe oportet, patrem dici debitorem filiæ reſpectu dotis, quam ei omnino præſtare tenetur, *l.capite, ff.de ritu nuptiarum, l.fin. C.de dotis promiſſione*: at hoc debitum patris durare eo vivo; cum enim moritur, hoc debitum extinguitur, & in ejus locum ſubit obligatio relinquendi legitimam; nec enim pater teſtando, filiæ innuptæ cogitur dotem relinquere, ſed legitimam: quod adeo verum eſt, ut ſi pater eam jam dotavit, dos legitimæ imputetur, *l.quoniam novella, C.de inoff. teſtamen*. Quocirca pater, cum moritur, nullo modo debitor dotis reſpectu filiæ erit; ſed tam ſi eam promiſit vivus, quam ſi exegit, erit debitor generi, cui promiſit, vel a quo exegit: propterea in ſpecie noſtra, ubi pater legat filiæ, præſumi non poteſt animus compenſandi cum debito dotis, quod inter eos nullum eſt.

Dices: Ergo nequit pater filiæ legatum relinquere nomine dotis, ſive animo compenſandi, contra textum in *d.l.2.ff.de dote prælеg*. cum concordantibus ſupra adductis. Pro reſponſione dicimus, cum pater legat filiæ nomine dotis, poſſe quæri, cuinam actio ad petendum legatum competat, filiæne, an marito? non ſemper enim actio legati competit ei, cui legatum adſcriptum eſt: quippe ea regula tenenda eſt, ut inſpiciamus, cui teſtator voluerit proſpectum, cujuſque contemplatione fecerit, ut docet Ulpian. in *l. fideicommiſſa, §. interdum, lib*.3. Hinc ſi pater legat genero filiæ nomine, non gener, ſed filia habet actionem; nam cum dicit, *filiæ nomine*, utique filiæ proſpicit, Cajus in *l.ſervo legato, §.ſi teſtator, lib*.1.

E di-

E diverſo ſi leget *dotis filiæ nomine* genero, & gener legatum petet, cui conſultum videtur; & petet filia, ut incipiat eſſe dotata, Papinianus in *l.Titio centum, §.Titio genero,* juncto *§.ſi poſt divortium,*& *§.fin.ff.de conditionib.& demonſtrationibus*. At cum ponimus, patrem legaſſe non genero, ſed filiæ dotis nomine, quam genero promiſit, vel quam a genero exegit, actio ex teſtamento competet filiæ, ex contractu competet marito, cujus intereſt, vel ut in dote ſoluta liberetur ab uxore, vel ut in dote promiſſa recipiat quod ſibi promiſſum eſt, *d.l.hujuſmodi, §.cum pater, lib.*1. Unde fit, ut pater debitor generi poſſit filiæ, animo compenſandi dotem, legatum relinquere; quippe hæc compenſatio magis reſpicit generum, quam filiam.

Reliquum eſt, ut Adverſariorum argumenta ſolvamus. Et primo ad textum in *d.l.ſi cum dotem, §.ſi pater,ff.ſol.matrim.* varie reſponſum eſt. Cujacius ait, legatum ibi dotis nomine fuiſſe relictum: quod licet in textu non exprimatur, tamen id ſatis intelligi ex eo, quod Ulpianus velit, filiam alterutro eſſe contentam. Quæ ratio divinat.

Verius eſt, quod poſt Fabrum obſervat Schifordegherus *loc.cit. q.9.* nempe in ſpecie Ulpiani filiam agnoviſſe legatum,ut patet ibi: *Sive in legato tantum acceperit*. Et ibi: *Ab eo conſecuta ſit*. Et agnoviſſe quidem, nulla de dote ſibi competente mentione facta,quo caſu videtur acquieviſſe judicio defuncti, illudque approbaſſe: propterea dotem amplius petere non poſſe,ne quod ſemel probavit, deinde improbaret, contra textum in *l.Pomponius, ff.de negot.geſtis*. Nam cum dicimus, filiæ deberi legatum, & dotem, id verum eſt, ſi filia utrumque petat: ſed ſi accepit legatum, & ſimul dotem non petiit, ſera erit dotis perſecutio.

Secundo, cum ajunt debitum neceſſarium, naturale, legitimum compenſari cum legato, ex *l.omnimodo, C.de inoff.teſtam.* & ex *auth.præterea, C.Unde vir, & uxor,* reſpondemus hæc Jura loqui de imputatione, non de compenſatione. Quæ inter ſe longe diſtant, ut ex Lege Falcidia patet, in quam imputamus,quæ Jure hereditario accipimus,compenſamus ea, quæ a coherede accipimus, *l.qui non militabat,in princ.ff.de heredib. inſtit. l.Neſennius in princ. ff.ad l.Falcid.* Oritur diſcrimen ex eo, quod compenſatio eſt voluntaria, imputatio neceſſaria, ex lege, Cujac. in *d.l. qui non militabat, in lib.6. reſponſorum Papin.* Vide latius Schifordegh. *loc.cit. qu.3.* Sed admiſſa regula, ut vera, dicimus, debitum patris teſtantis non eſſe cum filia, cui legatum eſt, ſed cum genero; propterea hic eam regulam fruſtra Adverſarii inculcant.

Digitized by Google

De legator.& fideicommiſſ. exæquatione, ad *l.*1.*lib.*1. Ulpianus *lib.*57. ad Edictum. *Per omnia exæquata ſunt legata fidei-commiſſis*.

CUm Juſtinianus ſubſtuliſſet differentias, quæ olim erant inter legata vindicationis, damnationis, modi ſinendi, & præceptionis, jubens omnium unam eſſe naturam, præſtando pro unoquoque actionem in perſonam, in rem, & utilem ſervianam, ſeu hypothecariam, *l.*1. *C.communia de legatis*; deinde progreſſus ulterius, ſtatuit exæquare legata, & fideicommiſſa; quam quidem exæquationem a ſe introductam jactat in *l.*2. *C. eit. tit.* & *§.ſed non uſque, Inſtitutionib. de legat.* Quare mirum videtur, cum hic Ulpiano, qui pluribus annis ante Juſtinianum floruit, iſthæc exæquatio tribuitur.

Sed ceteris omiſſis, non abludit a vero conjectura Cujacii hic, & 8. *obſ.*4. verba Ulpiani pertinere ad Interdictum quod legatorum, & ad legem Falcidiam; ut patet ex *l.*1. *ff.quod legatorum*, quæ ejuſdem Ulpiani eſt, deſumta ex *eod.lib.57.ad edictum*; quippe Senatuſconſultum Pegaſianum legatorum Falcidiam porrexit ad fideicommiſſa a teſtato relicta, ſicut conſtitutio D.Pii ad fideicommiſſa ab inteſtato, & conſtitutio Severi ad donationes cauſa mortis; & propterea factum eſt, ut quarta, quæ vulgo Trebellianica dicitur, ſæpe in Jure noſtro appelletur Falcidia, *l.jubemus, C.ad Trebell.* Imo etiam ſub Falcidiæ nomine quandoque etiam legitima portio, quæ olim erat quarta, comprehenditur *l.Papinianus*, *§. meminiſſe*, *ff.de inoffic.teſtament. l.quiſquis*, *§.uxores*, *C.ad legem Juliam majeſtatis*. Cum ergo interdictum quod legatorum edixiſſet, legata præſtanda eſſe ab herede propter Falcidiæ retentionem, viſum eſt Ulpiano interdictum iſtud porrigi etiam ad fideicommiſſa, quæ ob Trebellianicæ retentionem ab herede pariter deberent præſtari; & ad hoc reſpiciens, ſcripſit per omnia exæquata eſſe legata fideicommiſſis. Simile eſt,quod habetur ex Paulo in *lib.*4. *ad l.Juliam*, & *Papiam*, cujus hæc verba: *Hereditatis appellatione bonorum quoque poſſeſſionem contineri*, *l.hereditatis*, *ff.de verb. ſignific.* hoc enim non ita generatim accipiendum eſt, ut hic prolatum reperitur; verum ita, ut quæ in lege Papia de hereditate dicebantur, locum etiam aliquem in bonorum poſſeſſione obtinerent, Rævardus 3. *ambiguit.juris* 4.

Fuerunt & aliæ exæquationes ante Juſtinianum variis temporibus introductæ; nam in *l.Plautius* 43. *ff.ad l.Falc.* reſcriptum D.Pii, ex quo fideicommiſſum datum ſervo communi fideicommittentis, & fideicommiſſarii, totum ad ſocium pertinet; id ipſum Paulus trahit ad legatum. Nempe

ne attenta voluntate legantis, qui voluit totum legatum ſuſtineri; & propterea cenſendus eſt voluiſſe totum uni acquiri; cum in perſona alterius, qui heres eſt, nequeat ſubſiſtere. Ceterum voluntas non in uno tantum fideicommiſſo, ſed in legato etiam attenditur, ut ex tacitis legatis conſtat.

Ita etiam, quod a D. Marco & Severo conſtitutum eſt, ut pro pecuniariis fideicommiſſis, quæ minoribus vigintiquinque annis relicta ſunt, uſuræ debeantur a die, quo peti fideicommiſſa potuerunt, *l.cum vero*, *§. apparet*, *ff. de fideicommiſſariis libertatibus*, *l.Titia Sejo*, *§.uſuras*, *lib.*2. id deinde receptum eſt etiam in legatis, imo in contractibus, per minores initis, & lege ſanxerunt Diocletianus, & Maximilianus, *l. in minorum*, *C. in quibus cauſis reſtitutio in integrum non ſit neceſſaria*.

At Juſtinianus longius provectus, exæquationem non ſolum in his cauſis, ſed generatim in omnibus aliis Juris effectibus conſtituit in *d.l.*2. ubi quatuor omnino habet.

I. Nihil intereſſe, quibus verbis teſtator utatur; nam ſi volens fideicommittere, accidat eum uti verbis directis, validum intelligetur fideicommiſſum: ſicuti utile legatum erit, quamvis teſtator verba precaria adhibeat.

II. Si teſtator expreſse legaverit, huic legato accommodari ea omnia, quæ naturaliter inſunt fideicommiſſis.

III. Fideicommiſſo facto præſtari quæcunque ſunt ex natura legati, prorſus ut ex omnibus triplex actio oriatur, in perſonam, in rem, & hypothecaria, ut etiam jam antea ſtatuerat in *l.*1. *§.verius*, *C. cit. tit. communia de legatis*.

Tandem Juſtinianus generatim notat, ſi occurrat aliquid contrarium in legatis, & fideicommiſſis, id quaſi fideicommiſſum capi oportere, quia humanius, & plenius eſt. Sed ut hæc omnia clarius pateant, ſit.

De primo capite exæquationis.

Quæstio I.

Quamvis vulgo notum ſit, multas olim extitiſſe differentias inter legata, & fideicommiſſa; non omnibus tamen notus eſt fons & origo harum differentiarum: qui propterea ſcire neque etiam poſſunt, ubinam exæquationis vis conſiſtat. Nos igitur originem differentiarum hic primo aperiemus cum Balduino *lib.*3. *de Jure novo*, qui recte docet, totius differentiæ ſummam fuiſſe, quod ſola voluntas in fideicommiſſo,

Digitized by Google

deicommiſſo, in legato ſubtilitas Juris civilis ſpectaretur; cujus univerſi diſcriminis ratio erat, quod legatum ex legibus XII. tabularum deſcenderet, ſicuti teſtamentum, nempe illis verbis; *Uti paterfamilias ſuper re, tutelave ſua legaſſit, ita Jus eſto.* E contrario autem fideicommiſſum multo deinde poſt, tempore D. Auguſti ex æquo & bono ſit receptum, *§. poſtea, Inſtitutionib. de fideicommiſſ. hereditatib.* Unde in *d. l. 2. §. ſit igitur*, habetur, *Humanius eſſe fideicommiſſum Legato.*

Quibus recte intellectis, facile eſt cognoſcere, ubi exæquatio conſiſtat, quod quibuſdam adeo arduum viſum eſt, ut Principis declaratione indigere putaverint. Nempe ut voluntas, quæ ex bono & æquo habebat olim ſolummodo locum in fideicommiſſis, ſervaretur hodie etiam in legatis, remiſſo rigore Juris civilis: & e diverſo vis & efficacia Juris civilis, quæ eſt in legatis, procedat in favorem fideicommiſſorum. Hoc dicitur exæquatio a Juſtiniano, quoniam inde fit, ut legatum cenſeatur in quantum ad benignam interpretationem tanquam fideicommiſſum, & fideicommiſſum in quantum ad vim habeatur tanquam legatum. Quod aperte deducitur ex Juſtiniano in *d. l. 2.* ibi: *Si quid tale eſt, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommiſſis accommodetur*, & ex ſimilibus verbis, quæ in ea lege non ſine involucro Juſtinianus perfundit. Et hæc videtur Pacii ſententia in *Inſtitutionibus tit. de legat. §. 3.* & Fabri 14. *conject.* 16. & Turamini hic: quamvis non ita clare mentem ſuam expreſſerint.

Falluntur ergo, qui cum Bologneto hic volunt, exæquationem in confuſione conſiſtere, id eſt; legata, & fideicommiſſa habere unam eſſentiam, unamque definitionem, moti ex *l. 1. §. rectius, C. communia de legatis*, ubi Juſtinianus ait, ſe omnibus tam legatariis, quam fideicommiſſariis, unam naturam imponere. Sed non animadvertunt, eo loco Imperatorem explicare dictum ſuum tantum in quantum ad actiones in rem, in perſonam, & utilem Servianam, ut ſcilicet ſicut hæ tribuuntur pro legatis, ita etiam tribuantur pro fideicommiſſis; unde una eſt natura reſpectu poteſtatis, & effectuum, non reſpectu eſſentiæ.

Nunc ad ſpeciales effectus deveniamus, quos partim explicabimus hic, partim in ſequentibus. Primo ergo, quoniam legata ex legibus XII. tabularum deſcendunt, legis modo relinqui debebant, utpote quæ vim etiam legis habent, ex verbis illis, *Jus eſto*, Ulp. in *fragm. tit. de legatis*. Id autem dicitur legis modo relinqui, quod caſu recto, & modo imperativo relinquitur: ex quo factum eſt, ut verba directa etiam imperativa dicantur, *l. quoniam, C. de teſtamentis*; dicantur etiam civilia, *l. verbis civilibus, ff. de vulg.* Verum hic rigor paulatim cœpit emolliri, ubi permiſſum fuit ita legare, *Do lego Titio centum*; pro eo, quod olim omnino debebat dici, *Titius centum capito*, vel ſimili modo, qui legis conceptionem imitaretur. E contrario fideicommiſſa fiebant verbis precariis, ſeu inflexis, quæ hodie Doctores *obliqua* vocant.

Hinc de quibuſdam verbis controverſia orta eſt, aliis ea inter directa; aliis

Digitized by Google

aliis inter inflexa computantibus. Ita eſt de verbo *jubet*; nam ſi teſtator ita dixit, *Titio domum dari jubeo*; id pro fideicommiſſo nonnulli accipiebant, ut Scævola in *l. Aurelius*, *§.ult. ff. de liber. legata*: alii contra, pro legato. Unde Juſtinian. in *d. l.2. C. commun. de legat.* enumerans verba directa, ait, *Quale eſt jubeo ſorte.*

Sic quoque eſt de verbo, *impero*, quod pro precario habitum eſt a Paulo 4.*ſent.tit.*1. contra quam in *d.l.quoniam, C.de teſtamentis*, ubi pro directo habetur. Ita etiam fideicommiſſarium verbum eſt *Peto*, in *l.Titia Sejo, §.ult. lib.*2.

Eveniebat etiam, ut quandoque in eadem diſpoſitione teſtator verba precaria ſimul, & directa apponeret. Hinc lites ortæ utrum id pro legato, an pro fideicommiſſo haberi deberet, veluti, ubi teſtator dixit, *Do lego Titio centum*, addit, *Adjuro heredem meum, ut quod dedi legavi præſtet*. Et hoc eſt, quod vult Juſtinianus in *d.l.*2. cum refert, per juramenti interpoſitionem varias agitari lites ſolere:ubi *juramenti* nomen non ſignificat, niſi obſecrationem ſeu adjurationem. Itaque in exemplo propoſito verba *do lego*, directa ſunt;verbum *adjuro* eſt precarium, ut in *tit. de fideic.hered.in princ.* Quamvis aliter explicet Cujac.16.*obſ.*25. & in *l.cum pater, §.filius matrem, lib.*2.

Quoniam enim fideicommiſſa olim non ex Jure, ſed ex fide heredis, vel legatarii, reſtituebantur; ideo ſoliti fuerunt teſtatores fidem heredis, aut legatarii, implorare, eoſque obſecrare per Deum ut reſtituerent, *l.*3. *ff.de Jure fiſci*; vel per ſalutem Auguſti, ut in *d.tit.de fideicomm.hered.in princ.* At quia deinde ex conſtitutione Octaviani factum eſt,ut fideicommiſſa reſtituerentur omnino ab eo, cui erant injuncta; propterea quæri cœptum eſt, ſi teſtator relinquendo fideicommiſſum adjuraret heredem, ut illud reſtitueret, quidnam jusjurandum illud operari deberet, ne eſſet fruſtratorium; nam ſine eo fideicommiſſa vim jam habebant. Et de hac re eſt textus in *d.l.cum pater*, *§.filius matrem*, ubi filius matrem heredem ſcripſerat,& fideicommiſſa tabulis data cum Jurisjurandi religione præſtari rogaverat. Quæſitum eſt,quid de jurejurando ſtatuendum eſſet.Et reſpondet Papinianus, ſi accidat teſtamentum nullum eſſe, aut rumpi, irritumve fieri, matrem legitimam heredem cogi fideicommiſſa ab inteſtato præſtare. *Nam*,ut inquit textus, *enixæ voluntatis preces ad omnem ſucceſſionis ſpeciem porrectæ videntur.*Ubi male vulgo cum Acc.putant jusjurandum accipi pro invocatione divini nominis in teſtem rei dubiæ, cum omnino ſit adjuratio, & obſecratio; nam verba filii ita concepta fuerunt: *Per Deum rogo heredem meum,ut in his,quæ fideicommiſi, fidem mihi præſtet*, ut in *d.l.*3.*ff.de Jure fiſci.* Et hæc adjuratio a Papiniano, *enixæ preces* dicuntur, & vim habent, ut fideicommiſſa præſtanda ſint, etiam teſtamento nullo.

Excipe tamen, ſi adjuratio de re impoſſibili, ſeu turpi ſit, ut intelligendus eſt textus in *l.ſi quis inquilinos*, *§.ult. lib.*1. cujus verba ſunt:

Di-

Divi Severus & Antoninus reſcripſerunt, jusjurandum contra vim legis, & auctoritatem Juris in teſtamento ſcriptum, nullius eſſe momenti. Ubi Accurſ. per Jusjurandum intellexit divinam atteſtationem, & ita ſpeciem ponit, *Lego tibi decem, ſi juraveris capitolium non aſcendere.*

Quæ explicatio recipi non poteſt. Primo quia ita legatarius jurare deberet poſt teſtatoris mortem in alia ſcriptura, quam teſtamento; & nihilominus in textu dicitur, jusjurandum in teſtamento fuiſſe ſcriptum. Secundo, quia eo modo Severi, & Antonini conſtitutio inutilis fuiſſet, quia jam ante ipſos a Prætore generatim edictum fuerat, nihil poſſe ſub conditione jurisjurandi, ſeu atteſtationis divinæ relinqui: quod ſi relictum fuerit, jusjurandum nihil operari, *l. qui ſub conditione, ff. de conditionib. inſtitut.*

Itaque in *d. §. ult.* Jusjurandum non erit, niſi obſecratio teſtatoris in teſtamento ſcripta, qua adjurat heredem, ut quid faciat contra vim & auctoritatem legis, utputa ſi heredem roget, ut hereditatem filio adulterino reſtituat. Hæc obſecratio, quia contra legem, non obligat heredem, quamvis alias enixæ voluntatis preces maxime operentur, ut dicebat Papin. in *d. l. cum pater, § filius matrem.*

Sed, ut ad inſtitutum revertamur, Juſtinianus hunc rigorem verborum ſubſtulit, & voluntatem ſolam teſtatoris attendi debere ſtatuit: *Non enim*, inquit ipſe in fine, *non verbis, ſed ipſis rebus leges imponimus.* Quare ſi accidat teſtatorem, dum legandi animum habet, per ignorantiam uti verbis fideicommiſſi, uti ſunt *volo, rogo, mando, fidei tuæ committo*, intelligitur tamen legatum feciſſe: & e contrario, ſi fideicommittendi animo utatur verbis directis, conſetur feciſſe fideicommiſſum. Quod aperte patet ex *d. l. 2. in princ.* cum dicitur: *Omne verbum ſignans teſtatoris legitimum ſenſum legare, vel fideicommittere volentis, utile, atque validum eſt, ſive directis verbis, ſive precariis utatur teſtator, &c.* Ceterum dubitari non poteſt, iſtam teſtatoris voluntatem, quæ verbis teſtamenti repugnat, eſſe aliqua ſaltem conjectura probandam, ut ſi teſtator cum dixiſſet, *Do lego Titio domum*, deinde eundem Titium *fideicommiſſarium* vocet; nam ſi hæc voluntas non probetur, conſtat verba attendi debere, & legatum non haberi, ut fideicommiſſum; quippe cum in verbis nulla eſt ambiguitas, non debet admitti quæſtio voluntatis, ut dicitur in *l. ille aut ille, lib. 3.* & quæ ex ipſis verbis teſtamenti pendent, debent ſecundum ſcriptum expediri, & mitti voluntatis quæſtio, *l. in iis, quæ extra 16. ff. de condit. & demonſtrat.* Ergo cum aperte verbis legatorum utitur teſtator, voluntas fideicommittendi non debet attendi, & e contrario.

Ceterum in *l. quiſquis, lib. 3.* qui rogat heredem, uti det quantas ſummas dictaverit, & deinde nominet veſtem, equum, & alias res corporales, omnes ſub natura ſummarum continentur.

In *l. cum virum, C. de fideic.* heres rogatus, ut quidquid ad eum ex hereditate pervenerit, reſtituat, licet ex rigore verba & prælegatum contineant; admittitur tamen probatio in contrarium.

De

Digitized by Google

De altero capite exæquationis.

Quæstio II.

HIc agemus de eo, quod Juſtinianus ait, quæ fideicommiſſis naturaliter inſunt, id eſt, quæ ex bono & æquo in ipſis recepta ſunt, ea omnia accommodari legatis. Ceterum hæc multa & varia ſunt; quorum nonnulla magis notatu digna in præſens a nobis ſunt accenſenda.

I. Legatum ita teſtamentum exigit, ut nec codicillis teſtamento confirmatis relinqui poſſit; quod ſecus eſt de fideicommiſſo, quod in codicillis etiam ab inteſtato relictum valet, *§. preterea de fideic. hereditatibus*; ſcilicet quia in fideicommiſſis, ut diximus, ſola voluntas defuncti ſpectatur. Hodie vero, propter exæquationem, ſi legatum ab inteſtato fiat, utique effectum ſortitur, ſed tanquam ſi fideicommiſſum eſſet, argumento ex *§. ſed non uſque, de legatis*. Unde legati definitio, ut ſit *Donatio teſtamento relicta*, *l.36. lib.2.* etiam hodie recte habet; nam, ubi legatum in codicillis ab inteſtato relinquitur, valet in vim fideicommiſſi; quamvis Tribonianus ad omnem ſcrupulum removendum, illud, *teſtamento*, mutaverit, *a defuncto*, ut ſupra notatum eſt.

II. Quamvis a legatario fideicommitti poſſit, tamen ſi ab eo legetur, legatum non valet, ut in *tit. de ſingulis reb. per fideicommiſſum relictis, in princ.* & in *l. ab eo, C. de fideicomm.* At ſi hodie a legatario legetur, valet ut fideicommiſſum. Ex quo fit, etiam poſt exæquationem recte dici legatum ab herede præſtari; nam cum a legatario præſtatur, non eſt, niſi fideicommiſſum.

II. A Domino heredis inſtituti, vel legatarii, non poteſt legari, Ulpian. in *fragm. tit. de fideicomm.* ſed ab eodem poteſt fideicommiſſum relinqui: quod etiam dictum eſto de patrefam. cujus filius heres eſt, aut legatarius; nam quilibet, ad quem aliquid pervenit, poteſt fideicommiſſo obligari, *l. cum filiofam. lib. 1.* Si accidat ſervum legatarium manumitti, antequam legatum agnoſcat, Dominus de fideicommiſſo non tenetur, quia nihil ad eum pervenit; ſed tenetur ipſe ſervus, non quidem directo, quia rogatus non eſt, ſed actione in factum utili, nempe quia penes ipſum hoc caſu remanet omne commodum legati, *l. ſi alienus, lib. 1. l. 4. lib. 3.* Quod ſi Dominus ſervum ante agnitionem vendiderit, adhuc ipſe Dominus venditor fideicommiſſo obligatur, quia vendendo ſervum, cui legatum erat delatum, pluris vendidit. Verum ſi venditor non ſit ſolvendo, tunc tenebitur emtor actione utili, *l. ſi ſervum, ff. ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*, *l. plane, §. 1. lib. 1.*

Itaque pro conſervanda, quantum fieri poteſt, voluntate teſtatoris, ex bono & æquo receptum eſt, ut poſſit fideicommiſſo obligari, quicunque

Digitized by Google

cunque aliquid ex teſtamento capit; quæ æquitas facit,ut hodie id ipſum dicamus de legatis. Uno excepto caſu, nimirum, ut ab eo, qui fortuito Dominus ſervi poteſt fieri, & ita ad legatum venire, nominatim fideicommiſſum, aut legatum relinqui non poſſit; nec enim adeo ſe bonum æquum porrigit, ut cui nihil certo judicio dederis, eum rogando obliges, *l.6.§.1. lib.3.* Exemplum eſto. Legavi Sticho centum, & addidi, ſi Stichus Seji factus legatum agnoſcat, rogo Sejum, ut det Titio centum. Hoc fideicommiſſum inutiliter fit. Cetera ad hanc rem pertinentia, vide apud Cujacium in *d.l.cum filioſam*.

IV. Fideicommiſſum nuda voluntate adimitur ipſo Jure, ut ſi capitales, vel graviſſimæ inimicitiæ ortæ ſint. Secus vero legatum, quod nuda voluntate non revocatur ipſo Jure, ſed tantum legatarius petens excluditur doli mali exceptione oppoſita; nam dolo facit, qui legatum contra defuncti voluntatem petit, *l.ſi quis ita 3.§.ult. ff. de adim. legat.* Hoc quoque diſcrimen propter exæquationem videtur ſublatum; quippe non minus in legato, quam in fideicommiſſo hodie ſola ſeu nuda voluntas defuncti inſpicitur, *l.pen. lib.1.*

V. Putat Balduinus *loc.cit.* legatum nutu olim relinqui non potuiſſe, ſicuti nec ſtipulatio fieri nutu poteſt, *l.1. §.ſi quis ita, ff.de verb.obligat.* quamvis fideicommiſſum recte relinquatur, dummodo is, qui annuendo relinquit, fari poſſit, *l.nutu, l.Pamphilo, §.pen. lib.3. l.& in epiſtola, C.de fideicomm. l.ult. C.de codicill.* quandoquidem in Jure noſtro nutu pleraque conſiſtunt, ut dicitur in *l.obligamur, in fine, ff. de obligationib. & actionib.* ut poteſt quis nutu aſſignare libertum, *l.1. §.aſſignare, ff. de aſſign.libert.* debitorem alteri delegare, *l.17.ff.de novationib.* Ita etiam fideicommiſſarius nutu ſignificare poteſt, velle ſe ab herede hereditatem adiri, *l.ſervo, §.ſi pupillo, ff.ad Trebell.* Imo Cujac. in *d.l.nutu* putat, contractus omnes, qui nudo conſenſu conſiſtunt, nutu fieri poſſe, ut etiam pacta; nam ſi pacta tacito conſenſu iniri poſſunt, *l.2. ff.de pactis*. Cur non etiam nutu?

De tertio capite exæquationis.

QUÆSTIO III.

Sicuti æquum bonum, quod ineſt fideicommiſſis, accommodatum eſt legatis, ita e diverſo, vis & efficacia legatorum communis facta eſt fideicommiſſis. De qua re in præſens agendum eſt. Hæc legatorum vis in duobus conſiſtit. I. quod dominium transfertur recta via. II. quod pro legato triplex actio conceditur.

I. Itaque per reſtitutionem fideicommiſſi ſibi ab herede factam fideicommiſſarius non niſi poſſeſſionem ejus adipiſcitur, dominio apud here-

dem

dem remanente, ut conſtat ex *l.3. ff. ſi uſusfr. petatur*, ubi is, cui uſusfructus ex cauſa fideicommiſſi traditus eſt, poſſeſſionem uſusfructus duntaxat dicitur habere, non etiam dominium, quod adipiſcitur is, cujus legitime uſusfructus factus eſt. Quod ex veteri diſtinctione dominii Quiritarii, & Bonitarii dependet; heres enim dominium Quiritarium retinens, Bonitarium transferebat in eum, cui reſtituere rogatus erat. Non ita eſt in legatario, cui etiam ignoranti legati dominium acquiritur, ut diximus ex *l. ſi partem, §.1. ff. quemadmodum ſervitus amittatur*, & *l. cum pater, §. ſurdo, lib.2.* Hanc ſuam vim fideicommiſſis hodie legatum impertit, ut propterea in fideicommiſſarium transferatur dominium recta via, ſicuti poſſeſſio per præſtationem heredis, aut legatarii gravati.

Verum hanc exæquationem Accurſ. in *d.l.2. v. actiones*, negat locum habere in uno caſu libertatis; nam ſi libertas directo, ſervo proprio data ſit, ſtatim adita hereditate ſervus tanquam Dominus rei vindicabit; at ſi fuerit precario relicta; eam non conſequetur ſervus, niſi ab herede ſit manumiſſus: unde illo caſu eſt libertus defuncti, ſive orcinus, iſto eſt libertus heredis, *§. pen. de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.* Quia ergo iſtæ libertates manent diſtinctæ, propterea viget etiamnum diſpoſitio textus in *l. ſi quis ſervo, ff. de manum. teſtam.* ubi ſi ſervo detur libertas conjuncta ſcriptura per legatum, & per fideicommiſſum, erit ſervi electio, an ſit orcinus, an libertatem fideicommiſſariam capere velit. Dixi conjuncta ſcriptura, ſive ex continenti, veluti, Stichus ſervus meus liber eſto, rogoque heredem meum, ut quod dedi, præſtet; nam ſi ex intervallo hæc fiant, tunc noviſſima ſcriptura ſervatur.

Quamvis autem in reliquis legatis & fideicommiſſis idipſum ſtatutum ſit, ſcilicet, ut cum idem & legatum, & per fideicommiſſum relinquitur conjuncta ſcriptura, in poteſtate legatarii ſit, utrum id Jure legati, an Jure fideicommiſſi petere velit, *l. quiſquis, lib.3. l. Publius, ff. de conditionib. & demonſtrationib.* Tamen hodie propter exæquationem hæc electio nullius prope momenti eſt, ut actus ſubſtinendus ſit tanquam fideicommiſſum, quod humanius eſt, ut diximus in primo capite exæquationis.

Hæc vera eſſe fatetur poſt alios Bartolus hic; nihilominus maxime ait ſe urgeri ea difficultate, quod Juſtinianus omnia omnino legata ſe exæquaſſe cum fideicommiſſis doceat. Propterea DD. varias ac varias reſponſiones comminiſcuntur, de quibus videndus præcipue Aretinus hic; nos enim eas omittendas duximus, quia vanæ, & commentitiæ omnes ſunt.

Reſpondendum itaque eſt, dationem libertatis directo in teſtamento ſcriptæ, legatum non eſſe, ſiquidem proprie, & in ſpecie legati nomen uſurpetur; quamvis ſi generatim accipiamus, quatenus comprehendit omnem ultimam voluntatem, datio libertatis in teſtamento legatum dici poſſit. Ita Rujnus, Crotus, Marianus Soccinus, & Bolognetus hic, Vaconius 4. *decl. Juris* 120. Turaminus in hoc *tract. cap.5.* & *epiſt.2.*

Probatur id I. ex *l.verbis legis*, *ff. de verb. ſignif.* ubi Pomponius explanans verbum *legaſſit* in XII. tabulis, ait: *Latiſſima poteſtas tributa videtur & heredes inſtituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque conſtituendi*. Ubi duo habemus, primo legandi verbum generatim ſumtum comprehendere dationem libertatis, ut etiam habetur in *l.cum in ſubſtitutione, lib.*3. & in *l.in generali*, *ff.de verbor.ſignif.* Secundo legati nomen ſtricte ſumtum diſtingui, & ſecerni a libertate, inquit enim, *Legata & libertates dandi*, & particula *&*, inter diverſa poni ſolet. Quocirca ſicut tutelæ datio licet in teſtamento ſcripta legatum non eſt, ſed ultima voluntas in genere, ita quoque dicendum eſt de datione libertatis.

Probatur II. ex Paulo in *l.Stichus ſervus*, *ff.de manum. teſtament.* quippe Juriſconſultus ait, longe diſtare legatum, & libertatem, quamvis in hoc conveniant, ut ſicuti inutiliter datur libertas hoc modo, Stichus ſervus meus, ſi eum heres alienaverit, liber eſto; quia libertas in id tempus confertur, quo ſervus alienus erit; ita quoque ob eandem rationem inutiliter ita legatur, ſi heres meus equum meum alienaverit, eum do lego Titio: quod de legato damnationis accipit Cujac.14. *obſ*36. Hæc diſtinctio eſt etiam apud Scævolam in *l.Imperatores, in princ.ff.de tranſact.* ibi: *Manumiſſis, vel legatariis*; & in *§.ante heredis*, *Inſtitutionib.de legatis*: ibi: *Ut liceat & ante heredis inſtitutionem, & inter medias heredum inſtitutiones, & legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus uſus favorabilior eſt.*

Probatur III. quia heredi ſoli inſtituto legari non poteſt, cum a ſemetipſo capere nequeat, *l.& quidem, lib.*1. Sed ſervo heredi inſtituto recte relinquitur libertas; & tamen a ſemetipſo capit, *l.6. §.ult. ff.de hered. inſtit.* Unde fit, ut datio libertatis legatum non ſit.

Ex hoc pendet I. ratio textus in *l.plane ſi filium, §.ult. lib.*1. ubi ſervus teſtamento manumiſſus non poteſt fideicommiſſo onerari. Dici enim poteſt hoc fieri, quia legatarius non eſt. Sed aliam rationem reddit ibidem Cujacius, nempe quia libertatis æſtimatio non eſt, *l.naturalis, in fin.ff.de præſcript.verbis*, & cujus rei nulla æſtimatio eſt, ei onus non poteſt adjici, cum onus adjiciatur pro modo æſtimationis. Unde ſimiliter fit, ut ſi legatarius ſervum pure legatum rogetur manumittere, quamvis manumittendo Jus patronatus acquirat, tamen, quia neque hoc æſtimationem recipit, *d.l.naturalis*, propterea is non poteſt alio fideicommiſſo onerari, ut in *d.§.ult.* Quæ ratio non eſt diverſa ab ea, quam reddit textus, nempe, quia is pecuniam ex cauſa fideicommiſſi præſtare cogendus eſt, qui aliquid ejuſdem generis, vel ſimilis, ex teſtamento conſequitur; nihil autem eſt ſimile Juripatronatus, vel libertatis. Quæ tamen rationes omnes probæ ſunt.

Pendet II. cur in Jure noſtro titulus non eſt de libertate legata, ſed e diverſo *de manumiſſis teſtamento*, ſicuti quoque eſt *de fideicommiſſariis*

miſſariis libertatibus. Proinde Juſtinianus incidenter, & per occaſionem locutus eſt de directa libertate in Inſtitutionibus agens de ſingulis rebus per fideicommiſſum relictis.

Pendet tandem, cur nunquam in Jure reperiatur, lego libertatem. Quod Vaconius, & Socc. obſervant.

Verum pro Antiquis, qui dationem libertatis inter legata numerabant, pugnant Alciatus, & Duarenus hic, & Cæſar Coſta *1. ambig. Juris 34.*

Et moventur I. ex *l.ſed etſi conditioni 6. §.ult.de hered.inſtit.*ubi ex Juliano habetur, ſervo, qui ſit neceſſarius heres, id eſt, ſolus cum libertate inſtitutus heres, libertatem codicillis adimi non poſſe, ne a ſemetipſo ei libertas adimatur; ſervus enim heres inſtitutus a ſemetipſo libertatem accipit. Hæc ibi probans Ulpianus ſubdit: *Nam ſicut legari ſibi libertas non poteſt, ita nec a ſe adimi*.

Pro reſponſione ſciendum eſt, in Pandectis Florentinis verbum *libertas* abeſſe; quippe legitur: *Nam ſicut legari ſibi non poteſt, &c.* Et quamvis Alciatus, & Duarenus contendant, id ſubintelligi, & Ulpiani verba omninò ad libertatem referenda eſſe: hoc tamen falſum eſt, cum libertas ſervo inſtituto a ſemetipſo dari poſſit; alioqui textus eſſet ſibi ipſi contrarius; nam primo diceret, ſervum inſtitutum a ſe ipſo capere libertatem, tum adderet, libertatem ſibi legari non poſſe. Senſus itaque verborum Ulpiani eſt, quod ſicuti non poteſt a ſeipſo ſibi aliquid legari, ita nec poteſt a ſeipſo ſibi aliquid adimi. Quæ ratio generalior eſt dicto, & a repugnantibus petita.

Moventur II. ex *l.ult.C.de comm.ſervo manumiſſo*, ubi unus ex Dominis dicitur ſervo communi partem ſuam legaſſe, & hoc infra legatum pariter appellatur.

Reſpondemus tamen, partem capi oportere de dominio. Olim cum unus ex Dominis dicebat, Sticho ſervo communi do lego partem meam, ſervus Jure accreſcendi ex integro quærebatur alteri Domino. Qui modus civilis acquiſitionis per Jus accreſcendi a Juſtiniano ſublatus eſt, *§.erat olim, cum ſeqq. Inſtitutionib. de donationib.* Et de his ſatis.

Secundo ſicuti pro legato tres conceduntur actiones, in rem, in perſonam, & hypothecaria, ita etiam pro fideicommiſſo; ita tamen, ut realis actio cadat in rem ipſam legatam, ſeu fideicommiſſam, modo res certa ſit, exiſtat, ſit etiam teſtatoris, & diſpoſitio ſit pura; nam quoties in diem, aut conditionalis eſt, reivindicatio non competit legatario, aut fideicommiſſario, niſi adveniente die, aut conditione purificata, Acc. Bart. & ceteri in *d.l.2. C.communia de legatis*.

Hæc etiam actio videtur habere locum in uſufructu legato; quamvis enim Aretinus hic velit, uſumfructum non acquiri legatario, niſi præſtita cautione de recte utendo, & de reſtituendo, & proinde actionem realem legatario non præſtari, niſi poſt eam cautionem præſtitam; verius tamen

eſt,

eſt, quod putat Bart. in uſufructu cautionem non cenſeri de ſubſtantia, quia non cavetur, niſi poſt conſtitutum uſumfructum, *l.uſufructu*, *C. de uſufr.*

Non ita ſeſe res habet in quaſi uſufructu, ubi cautio de ſubſtantia eſt. Ratio eſt, quia in tritico, lana, nummis, & id genus aliis, repugnat naturaliter & civiliter, ut detur uſus; eorum enim, quæ utendo conſumuntur, non eſt uſus, ſed abuſus, *l.5. §.ult. ff.de uſufr. ear.rer.* Propterea quoties Senatuſconſultum favore ultimæ voluntatis in his etiam rebus uſumfructum conſtitui poſſe juſſit, neceſſe fuit, ut eas haberet, tanquam res, quarum ſubſtantia utendo ſalva remaneret, quod de ſubſtantia uſusfructus eſt. Id autem Senatuſconſultum fecit remedio cautionis præſtandæ heredi de reſtituendo eandem menſuram, vel idem pondus, vel eundem numerum, cum legatarius morietur, vel capite minuetur. Ex qua cautione fit, ut amplius in illis rebus non videatur cadere abuſus, ſed uſus. Quare, ut notat Cujacius in *l.1.ff.de uſu, & uſufr.* remedio cautionis multa fiunt, quæ detracta cautione nec naturaliter, nec civiliter fieri poſſunt. Ita remedio cautionis dominium conſtituitur ad tempus in legatis, vel fideicommiſſis, veluti do lego Titio ædes meas in quinquennium; debet enim legatarius cavere heredi, ſe, finito quinquennio, legatum eſſe ei reſtituturum, *l.ult. C.de legatis*. Ita quoque remedio cautionis Mutianæ repræſentatur legatum conditionale, antequam conditio extiterit, *l.7. ff.de condit.& demonſtr.* In propoſito etiam noſtro ope cautionis res, quæ ſunt in abuſu, habentur tanquam ſi in eis eſſet uſus, hoc eſt, tanquam ſi rerum ſubſtantia ſalva remaneret. Unde fit, ut cautio de eſſentia eſſe videatur, ſicuti de eſſentia uſusfructus eſt ſalva rerum ſubſtantia, *l.ſi lanæ, ff. de uſufr. ear.rer. l.1. §.ſi decem, ff.ut legatorum nomine*. Propterea legatario, aut fideicommiſſario, non quæritur dominium, nec realis actio conceditur, niſi præſtita cautione.

Si tamen de facto accidat, legatarium nummis exempli gratia receptis cautionem non præſtitiſſe, ex bono & æquo iſte quaſi uſusfructus non revocatur, ſed cautio omiſſa ab herede condicitur condictione incerti, ut eſt intelligendus textus in *l.5.§.ſi pecuniæ, ff.de uſufr.ear.rer.* quidquid poſt alios contradicat Fach.8. *contr.*43.

De ultimo capite exæquationis.

QUÆSTIO IV.

EST hic demum videndum de eo caſu, quo teſtatoris verba partim ad fideicommiſſum trahunt, partim ad legatum, ut in exemplo ſuprapoſito ex mente Juſtiniani in *d.l.2.* nempe, *Adjuro heredem meum, ut centum*

tum

tum Titio det, ubi *adjurandi* verbum proprie eſt fideicommiſſorum, ſicut *dandi* eſt legatorum. Non enim putandum eſt deciſionem hujus caſus a Juſtiniano ibi eſſe omiſſam, ut prima fronte videtur; nam utique deciditur in illis verbis: *Ubi autem aliquid contrarium in legatis, & fideicommiſſis eveniet, hoc fideicommiſſo quaſi humaniori aggregetur, & ſecundum ejus dirimatur naturam*.

Ex quibus verbis manifeſte deducitur, quod ſupra dicebamus, non eſſe confuſa Jura legatorum, & fideicommiſſorum, quod quidam volunt; aliter enim nihil intereſſet, utrum ſupradicta diſpoſitio aggregetur fideicommiſſis, an potius legatis; & nihilominus Juſtinianus ait, aggregari non legatis, ſed fideicommiſſis, prout humanioribus.

Deducitur etiam, exæquationem tunc intelligi, cum legatum indiget ea benignitate, quæ locum habet in fideicommiſſo; & fideicommiſſum ea vi, quæ locum habet in legatis. Quod ſi hæc indigentia ceſſet, legatum non erit, tanquam fideicommiſſum, nec e contrario fideicommiſſum, tanquam legatum. Quod valde notandum.

Olim legatum Græce non poterat relinqui, quod ante Juſtinianum ſublatum fuit ex *Nov. Theodoſii de teſtamentis*; ex quo in hac parte viſum eſt æquari fideicommiſſis, quæ Græce ſcripta valent, *l. fideicommiſſa, l. 11. lib. 3.*

De actione pro Legato tacito.

Quæstio Ultima.

VOcant Doctores legatum tacitum, quod non ex verbis, ſed ex mente teſtatoris colligitur, aliquando per antecedens, ſed ſæpius per conſequens. Exempla multa ſunt in Jure noſtro, ſed aliqua proferre ſit ſatis.

Quidam ſervo ſuo libertatem in teſtamento dedit ſub hac conditione, ſi redditis rationibus centum heredibus intuliſſet. Cenſetur teſtator tacite legaſſe ſervo peculium, exceptis 100. quæ heredibus juſſit inferri, ut reſcriptum eſt a D. Severo & Antonino, *l. denique, §. interdum, ff. de peculio legato, §. peculium, Inſtitutionibus de legatis*. Nempe, quia niſi ſtatulibero peculium eſſet legatum, is ſolveret heredibus non de ſuo, ſed de eo, quod ipſorum eſset heredum. Unde aliud eſset, ſi quid alteri non heredi ſolvendum eſset; nam ſtatuliber, qui dare aliquid ex peculio conditionis implendæ gratia juſsus eſt, non ſolum peculium ſuum non facit, verum etiam poteſt ab herede prohiberi ne illatis ex peculio pecuniis conditionem impleat, *l. 3. §. fin. ff. de condict. cauſa data.* Eleganter Chavarri in *didaſcalia multiplici par. 2. cap. 4.*

Ita quoque teſtator binas ædes habebat, alterarum uſumfructum le-

legavit, alteras heres retinet Jure hereditario, ſi accidat legatarium non poſſe ad ædes accedere, niſi per eas, quas heres retinet, videtur acceſſus tacite fructuario legatus; quia ſine eo nullus eſſet uſus, nullus fructus, *l.damnas*, *§.1. ff.de uſu, & uſufr.legato*, *l.ſervum filii*, *§.ſi duos*, *lib.1. l.Gaurus*, alias *l.binas* 9. *ff.de ſervitutibus urbanorum*, ubi & illud habetur, hauſtu relicto, iter quoque ad fontem relictum cenſeri. Ratio eſt, quia alterum ſine altero eſſet inutile; & qui vult conſequens, intelligitur & velle antecedens.

Præterea heres non poteſt legatario ædium omne lumen eripere, tollendo altius ædes ſibi a teſtatore cum hereditate relictas, *d.l.Gaurus*, *in fin.* Quod utique a tacito ſervitutis legato provenit;nam eo ceſſante,nulla actio in heredem competeret, *l.cum eo*, *ff.cit.tit.* Idipſum eſt, ſi ædes propriæ heredis ſint, *l.altius*, *ff.de ſervitutibus*, *& aqua*, *l.ſi is qui binas*, *ff.de uſufr.*

Ex his & illud eliciunt DD. nempe ſi legetur uſusfructus fundi ea lege, ne legatarius proprietatem alienet, ipſam quoque proprietatem tacite legatam cenſeri, *Rom. conſ.*206. Hippol.de Marſiliis *ſing.*561.

Nonnunquam relegatio tacita eſt, ut in uſufructu ad tempus relicto, veluti, Titio, quandiu vivat, do lego uſumfructum; & accidat Titium capite minui, ex mente teſtatoris ei uſusfructus relegatus videtur. Idem eſt, ſi ad tempus certum relictus ſit, veluti uſque ad decennium, *l.3. in princ. ff. quibus modis uſusfructus amittatur*. Ex quibus apparet, etiam ante Juſtiniani exæquationem cæpiſſe in legatis fieri benignam interpretationem, aliqua tamen cauſa urgente; nam ſi legis rigorem attendas, hæc legata, de quibus diximus, nulla ſunt; nam legatum eſt, *Quod legis modo teſtamento relinquitur*, ex definitione Ulpiani in *fragm. tit.*24. Expreſſit hoc ultimæ voluntatis favor,ſicut & illud, ut verba propter aliud prolata, quæ vocant enunciativa, diſpoſitionem inducant. Quare ſi miles teſtamento ita ſcribat, *Samiam in libertate eſſe juſſi*, libertatis datio valet, *l.teſtamento militis*, *ff.de manum.teſtam.* ut etiam in *l.Paulus*, *§.fin. ff.de fideicomm. libert.* Quod non eſſe ex ſolo militiæ, aut libertatis privilegio, ſed ex teſtantium favore,conſtat ex *l.qui volebat*, *ff. de hered.inſtit.* ubi ſi ita ſcriptum ſit, *Te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam te eſſe dote volui*, exheredatio valet, & ex *l.ex hac ſcriptura*, *ff.de donationibus*, ubi teſtator ſcripſit, *Sciant heredes mei, me veſtem meam vivum libertis meis donaſſe*, voluntas teſtatoris ex benigna interpretatione ſubſtinetur, & cauſa mortis donaſſe cenſetur, ut Accurſ. monet. Recte Ulpianus ait *ex benigna interpretatione*; nam ſi legis ſtrictam rationem inſpiciamus,recte Juriſconſulti ſtatuerunt apud Plinium 4. *epiſt. ad Sabinum*, ex his, ſimilibuſque verbis, nihil diſpoſitum cenſeri, Cujac. in *l.Titia cum teſtam. in princ. ff.de leg.*2.

His poſitis, ad quæſtionem dicimus, pro legato tacito actionem realem non concedi,ut Bart.communiter receptus hic docet. Et probatur ex *d.l.ſer-*

Digitized by Google

d.l.ſervum filii, *§.ſi duos*, & ex *d.l.damnas*, *§.*1. in quibus aperte habetur, legatario non concedi pro tacito legato, niſi actio nem perſonalem. Videntur tamen inter ſe leges illæ circa modum & viam contrariæ; nam in *d.l.ſervum filii, §.ſi duos* habetur, ſi teſtator unum fundum Titio, & alterius fundi uſumfructum mihi legavit, Titium non debere mihi iter, ſed heredem cogi a me actione perſonali ad redimendum iter a Titio, & redemtum mihi præſtare. E diverſo in *d.l.damnas*, *§.*1. dicitur, Titio non aliter concedendum eſſe ab herede fundum, niſi prius transeundi Jus mihi legatario præſtet.

Accurſius in *dd. ll.* pro ſolutione, tres caſus videtur diſtinguere; Primo heres per retentionem fundi extorquebit a Titio viam, juxta textum in *d.l.damnas*, *§.*1. Secundo, ſi heres ignorans ea retentione non ſit uſus per errorem, ſive per oblivionem, & poterit id conſequi condictione indebiti, quaſi plus debito dederit, vel condictione incerti, *d.l.ſed etſi* 22.*§.ult.ff.de condict.indebiti*: vel tandem condictione ſine cauſa, *l.ſi tibi, ff.de actionibus emti, cum concordantib.* Tertio, ſi heres ſciens volens retentione non ſit uſus, & liberum fundum Titio præſtitit, cogetur a Titio emere iter, & mihi præſtare, *d.l.ſervum filii, §.ſi duos*, ut etiam Cujacius ibi docet.

In contrariam ſententiam ivit Aretinus hic, docens pro tacito legato dari legatario ipſo Jure actionem realem, & ſequuntur Alciatus, & Bolognetus, qui moventur ex *l.ſi fundum ſub conditione*, *§.qui fundum, lib.*1. ubi ſi fundus, excepta villa, legatus ſit, inquit Julianus, *Fundus excepta villa vindicari debebit*, *& ſervitus* (hoc eſt iter) *ipſo Jure villæ debebitur*.

Varie ſe torquent DD. pro explicandis verbis illis, *Ipſo Jure*. Rogerius expoſuit, *æquiſſimo Jure*, Accurſ. *de Jure.* At omnium optime Cujacius pro Jure civili accepit, ut opponantur ſuperiori ejuſdem legis caſui, qui de Jure prætorio fuit reſolutus. Conſtat ex *l.*1. *§.ſervitutes, ff.de ſuperficiebus: Servitutes quoque Prætorio Jure conſtituantur*, *& ipſæ ad exemplum earum*, *quæ ipſo Jure conſtitutæ ſunt*, *utilibus actionibus petentur*, ubi pulchre Duarenus. Quod ut recte intelligatur, ſpeciem legis exponamus. Teſtator inſtituto herede, legavit Titio fundum, excepto ædificio; quod ædificium propterea remanebit apud heredem una cum itinere, per fundum legatum. Dubitabatur tamen, quo Jure hæc conſequi heres deberet. Et Juriſconſultus duos omnino caſus diſtinguit, alterum qui procedit de Jure prætorio, alterum de Jure civili. Primus eſt, ſi teſtator nomine ædificii excepit ſuperficiem tantum, ſine ſolo: quo caſu heres erit ſuperficiarius, at ſolum erit legatarii, & in conſequens erit etiam Dominus ſuperficiei, quoniam ſuperficies cedit ſolo. Unde fit, ut legatarius vindicare poſſit totum fundum, hoc eſt, una cum ſolo, & ſuperficie. Nihilominus ait Juriſconſultus, heredem ſe tueri exceptione doli mali, ut ſibi in ædificio habitare liceat, habeatque ad illud iter.

Digitized by Google

Hunc caſum decidi hic a Juriſconſulto juxta Prætorium Jus, conſtat tum quia doli mali exceptio, quæ hic heredi ſuperficiario conceditur, a Prætore propoſita eſt, *l.1. §.ideo autem, ff.de doli mali exceptione*; tum quia in *l.1.§.quod autem, ff.de ſuperficieb.* generatim a Prætore conſtitutum eſt, ſi Dominus adverſus ſuperficiarium velit vindicare, poſſe eum actione in factum removeri. Poſterior caſus eſt, cum teſtator nomine ædificii intellexit, non tantum ſuperficiem, ſed ſolum, quaſi dixerit villam, quæ eſt ædificium ruſticum conſtans ſolo, & ſuperficie; tunc quia heres eſt Dominus villæ, propterea Jure Prætorio non indiget, ſatis ab ipſo Jure civile tutus adverſus legatarium, &, ut ait textus, *Servitus villæ ipſo Jure debebitur*, hoc eſt non per exceptionem ex æquitate Juris Prætorii ipſi conceſſam, ſed per retentionem, ſeu actionem a Jure civili tributam. Falſum eſt ergo ex illis verbis, *ipſo Jure*, poſſe deduci pro legato tacito præſtari actionem realem, hoc eſt reivindicationem, ſi legatum ſit de re corporali; vindicationem, ſi de re incorporali ſit.

Ceterum ut actio realis conceditur legatario aut fideicommiſſario, tanquam Dominis ſuper re ipſa legata, aut fideicommiſſa; ita actio hypothecaria tribuitur, non quidem ſuper re ipſa legata, & fideicommiſſa, ſed ſuper reliquis rebus a teſtatore ipſi heredi relictis, quæ tacite legatario, & fideicommiſſario cenſentur oppigneratæ ex beneficio Juſtiniani, *l.1. §.rectius, C.commun. de legat.* ut recte docet Accurſius in *§.noſtra autem, v.hypothecariam, Inſtitutionib. de legat.* & Bart. in *l.1. C.communia de legat.* quamvis hic ſibi contrarius oppoſitum doceat, credens hypothecariam ſuper re etiam legata inſtitui poſſe. Sed de hac quæſtione an pignus in re propria conſiſtere poſſit, late egimus in *tract.de pignor.& hypoth.* Demum actio perſonalis legatario & fideicommiſſario conceditur adverſus heredem ipſum, qui adeundo ex quaſi contractu legatariis & fideicommiſſariis obligatur, *l.5. §.heres, ff.de actionib.* De via executiva pro legato vide *Marin.1. reſol.24.* & *2.reſ.8.*

De illo dubium eſſe poteſt, quod ait Juſtinian. in *d.l.1. §.rectius, C.comm.de legat.* nempe, in legatis & fideicommiſſis in rem miſſionem penitus abolitam eſſe, quod videtur contra titulos, *ff.& C.ut in poſſeſſionem legatorum ſervandorum cauſa mittatur*. Sed pro ambiguitate removenda, diſtinguendum eſt, ut pro legatis puris nulla detur miſſio in poſſeſſionem rei ſervandæ cauſa; at e contrario detur pro legatis in diem, vel ſub conditione. Heres enim, adita hereditate, cogitur per Prætorem, ut ſtipulando ſatiſdet legatariis, ſe poſt purificatam conditionem, vel poſt adventum diei legata ſoluturum; quod ſi heres juſſus parere nolit, legatarius mittitur in poſſeſſionem rerum hereditatis, per quam tamen ei non tam poſſeſſio, quam cuſtodia datur; itaut non expellat heredem, ſed ſimul cum eo poſſideat, ut ſaltem tædio perpetuæ cuſtodiæ extorqueat heredi cautionem, *l.5. ff.cit.tit.* Imo ex conſtitutione D.Antonini, ſi heres contumax eſſe pergat, & non caveat intra ſex menſes connumerandos a die

pe-

petitæ ſatisdationis,tum legatarius mittitur etiam in poſſeſſionem bonorum ipſius heredis, *l.certa, C.cit.tit*. Licitum tamen eſt teſtatori hanc cautionem heredi remittere, ut *ibid. l.ſcire*.

Hæc miſſio in poſſeſſionem in multis etiam aliis cauſis ſervatur, ut crediti ſervandi cauſa, *l.1. §.nunc quærimus, ff.quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur*: judicati ſervandi cauſa, *l.2. cum ſeq. ff. qui potiores in pign.* dotis ſervandæ cauſa, *l.officium,ff.de reivind. l.pen. §.item danda, ff. de diverſ.& temporal.actionib.* & ventris nomine,vel damni infecti, *l.communi 7. §.item ſi duo, ff.comm.divid. l.1. ff.quibus ex cauſis in poſſeſſionem eatur*.

DE FIDEICOMMISSIS.

Ex prohibita alienandi poteſtate, ad *l.filiusfam.* 117. §.*Divi 2. lib.* 1.

HIc non de omni fideicommiſſo nobis ſermo erit, ſed tantum de eo, quod ex prohibitione alienandi oritur, cujus quidem tractatio difficillima eſt,& variis difficultatibus obvoluta. Egit de eo Martianus Juriſconſultus *lib.8. Inſtitutionum*, relatus hic in *d.l.filiusfam.§.Divi*; & illud generatim docet, prohibitionem alienandi, ut fideicommiſſum inducat, cauſam adjectam habere debere, vel reſpectum certæ perſonæ: quo tamen caſu creditoribus, aut fiſco non præjudicat. Quod ſi hæc deſint, pro nudo præcepto habebitur, nec intelligetur factum fideicommiſſum, & res alienari poterit. Verba autem Martiani ita ſe habent.

„ Divi Verus & Antoninus reſcripſerunt, eorum, qui teſtamento
„ vetant quid alienari, nec cauſam exprimunt, propter quam id fieri
„ velint, niſi invenitur perſona, cujus reſpectu hoc a teſtatore diſpoſi-
„ tum eſt, nullius eſſe momenti ſcripturam, quaſi nudum præceptum
„ reliquerint: quia talem legem teſtamento non poſſunt dicere. Quod ſi
„ liberis, aut poſteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibuſdam
„ perſonis conſulentes, ejuſmodi voluntatem ſignificarent, ſervandam
„ eam eſſe. Sed hæc neque creditoribus, neque fiſco fraudi eſſe. Nam
„ ſi heredis propter creditores teſtatoris bona venierunt, fortunam com-
„ munem fideicommiſſarii quoque ſequuntur.

In duas partes principales textus dividitur. Prima eſt in principio textus. Secunda ibi: *Sed hæc*, & de ſingulis agendum eſt.

Digitized by Google

De priori parte, ſeu de prohibitione alienandi ſine cauſa.

IN priori ergo habentur duo. I. prohibitionem alienandi teſtamento, aut codicillis ſcriptam non valere, ſi ea prohibitio fiat ſine cauſa; veluti teſtator non poteſt ſimpliciter præcipere, ne fundus alienetur, quo caſu nudum præceptum eſt, quod vim non habet, quia non apparet, neglecto illo præcepto, ad quem teſtator velit rem illam pertinere. II. Inde fieri, præceptum tunc ſolum valere, quoties concipitur vel in rem, velut ſi fiat reſpectu familiæ: vel in perſonas certas, ut ſi fiat reſpectu liberorum, libertorum, heredum, aut cujuſcunque alterius perſonæ, aut ſaltem ejus, qui vicem perſonæ gerit, veluti reſpectu Reipublicæ; ut ſi teſtator ſignificet, velle ſe rem alienatam ad Rempublicam pertinere: ita etiam reſpectu fiſci, *l.pater*, *§.fundum*, *§.quindecim*, *lib.3. l.1. C.debitorem venditionem pignoris impedire non poſſe*.

Quod attinet ad primum dictum hujus prioris partis, multa ſimilia in Jure noſtro habemus. Nam Scævola in *d.l.pater*, *§Julius*, proponit patrem ſuo teſtamento caviſſe, ne ullo modo heres prædia quædam pigneraret, aut ullo modo alienaret; & reſpondet, cum hoc nudum præceptum eſſet, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, ſi prædia ad extraneum heredem perveniant. Idipſum habetur in *l.Lucius*, *in princ. lib.3*.

Imo in eadem *l.pater*, *§.pater*, fortior caſus habetur; nam pater filios heredes ſcribens, cavit, ne ulla ex cauſa alienarent prædia, ſed ſervarent ſucceſſioni ſuæ, & adjecit, ut de eo filii inter ſe caverent. Quæſitum eſt, an videantur illa prædia relicta per fideicommiſſum: Scævola ait, de fideicommiſſo nihil oſtendi, quaſi nudum præceptum factum ſit. Cujacius hic notat, ideo non induci fideicommiſſum, quia teſtator non habuit rationem certæ perſonæ, ſed incertæ, id eſt ſucceſſionis; incertum enim eſt, quis ſit ſucceſſurus, *l.ſciendum*, *ff.de verb.ſignif. l.qui liberis*, *§.hæc verba*, *ff.de vulgari*. Sed in *d.§.pater*, rectius ait, ideo prædia non videri per fideicommiſſum relicta, quia filios ſibi invicem caveri juſſit. Ex cautione igitur non ex fideicommiſſo voluit teneri, ex *l.Balliſta*, *ff.ad Trebell.* Diſcrimen inter utrumque caſum eſſe ait, quia cautio recipit incrementum fructuum, fideicommiſſum non recipit. Itaque ſi teſtator tantum dixiſſet, ne alienent, ſed reſervent ſucceſſioni meæ, utique fideicommiſſum induxiſſet, ſicuti eſt cum dicit, *Reſervent familiæ*. Sed quia huic diſpoſitioni non acquievit, ut acquieſcunt, qui fideicommittere volunt, ſed addidit, ut de ea re filii inter ſe caverent, dicitur non habuiſſe animum fideicommittendi, ſed omnino voluiſſe, ut alienandi prohibitio a cautione penderet.

Ita

Ita quoque apud Papin. in *l.Titio centum, in princ. ff. de condit. & demonſtr.* pro nudo præcepto habetur, ſi teſtator dicat, Titio centum itaut fundum emat, do lego; propterea Titius fundum emere non cogitur, quia ad ipſum duntaxat emolumentum legati rediret.

Non longe abit ab his, ſi ponas prohibitionem alienandi ſub conditione, exempli gratia, Titius heres eſto, ſi ſervum hereditarium non alienaverit. Quippe eo caſu ſub impoſſibili conditione heres inſtitutus videtur, ut dicitur in *l.4. §.ult. ff.de conditionib.inſtitut.*

At e contrario multa hic opponuntur, quibus breviter ſatisfaciendum eſt. Opponunt primo, ex verbis XII. tabularum plenam teſtatori poteſtatem diſponendi conceſſam eſſe, *l.verbis legis, ff.de verbor.ſignif. §.diſponat, auth.de nuptiis*; quæ poteſtas homini libero ſine injuria tolli non poteſt, *l.1. C. de Sacroſ.Eccleſ.* quocirca ſicuti legata, ita & fideicommiſſa licebit ſine cauſa facere; cum hæc omnia ab una poteſtate diſponendi dependeant.

Reſpondemus tamen, e legibus decemviralibus quatuor tantum teſtatori eſſe conceſſa, heredes inſtituere, legare, libertates dare, & tandem tutelas conſtituere. De fideicommiſſis autem nihil ibi ſtatutum eſſe, ut quæ, ſicut diximus, multo poſt tempore vim habere cœperunt ex Auguſti conſtitutione, qui gratia perſonarum motus auctoritatem ſuam interponere cœpit, ut dicitur in *§.poſtea Divus, Inſtitutionib. de fideicom. heredit.* Unde fit, ut hac gratia ceſſante, fideicommiſſum non valeat. Et ratio eſt, quia, ut dictum eſt, neglecto illo non alienandi præcepto, ad quem teſtator velit rem illam pertinere, non apparet, ut Cujacius hic ait.

Et hinc intelligi poteſt ratio verborum noſtri textus, cum ait: *Quia talem legem teſtamento non poſſunt dicere*; quamvis enim teſtator in teſtamento leges privatas condat, id tamen verum eſt intra terminos illi a legibus publicis præſcriptos: quæ publicæ leges in noſtro propoſito duæ tantum ſunt; vel XII.tabularum, & hæ nihil de fideicommiſſo habent; vel Auguſti, & iſte voluit, tunc fideicommiſſa robur habere, cum gratia perſonarum fiunt, ſive cum cauſam adnexam habent. Quæ cum in caſu noſtro non adſit, recte dicitur, teſtatores talem legem teſtamento dicere non poſſe, quamvis aliter hæc verba explicet Jaſon, aliter Bolognetus.

Opponunt ſecundo Ulpian.in *l.generale, §.ſi petitum, ff.de fideicomm. libertatib.* ubi ſi teſtator juſſit, ne heres Stichum alienet, neve vendat, ea mente, ut conſuleret ſoli heredi, valet Juſſum. Et tamen favor ſolius heredis non eſt, niſi præceptum nudum; cum textus noſter ad præceptum legitimum exigat, ut favor ſit aliarum perſonarum, quam heredis gravati, ſcilicet vel coheredum, vel poſterorum, & ſimiliter in aliis, alioqui nullum eſſet præceptum nudum; ſemper enim in prohibitione alienandi poſſet dici conſultum ei, cui prohibitio fit. Hæc oppoſitio multum torſit Bartolum, qui tandem inevitabilem eſſe concludit.

Facile tamen reſponſio patebit, ſi animadvertamus agere in eo textu

Ul-

Digitized by Google

Ulpianum de conjecturis, unde ex verbis teſtamento adſcriptis conjici poſſit voluntas teſtatoris conferendi libertatem ſervis. Inter alias, proponit iſtam, ſi ita teſtator ſcripſit, *Ne eum alienes neve vendas*. Et ait Ulpianus, verba ambigua eſſe, & recurri debere ad animum teſtatoris; poteſt enim fieri, ut ea hoc animo a teſtatore fuerint adſcripta, quod voluerit ſervum ad libertatem perduci. Poſtea addit: *Ceterum ſi alia mente id ſcripſerit, ut puta, quia conſuluit* (in Pandectis Florentinis legitur, *conſilium dabat*) *heredi retinere talem ſervum, vel quia coercere voluit ſervum, & cruciare, ne meliorem Dominum experiatur, vel alia mente, non tribuendæ libertatis animo*, *dicendum eſt ceſſare libertatis præſtationem*. Ex quibus ſatis apparet, Ulpianum nihil concludere aliud, quam ex prohibitione alienandi non argui præſtationem libertatis, ſi teſtator id fecit animo conſulendi heredi, vel animo coercendi ſervum. At non ex hoc colligi poteſt, quod DD. volunt, eam prohibitionem alienandi tanquam nudum præceptum, valere, & heredem ad eam obſervandam cogi; neque hoc Ulpianus dicit: quamvis alioqui verum ſit, ſervi alienationem interdum poſſe prohiberi, ſi adſit coheres, cui Mutiana ſtipulatione de non alienando caveatur, ut in caſu *l.4. §.1. ff. de conditionibus inſtitut.*

Opponunt III. ex eodem Ulpiano in *l.9. §.ult. ff. de manum. teſtament.* ubi habetur, conſtitutum eſſe, vetitum in teſtamento ad libertatem perduci, non poſſe manumitti. Quod utique nudum præceptum eſt.

Sed dicimus, hic nihil ab Ulpiano proponi de prohibita alienatione ſervorum, ſed tantum de manumiſſione, quæ ex ſpeciali ratione prohiberi poterat. Scilicet ob delictum ſervi, cujus cauſa etiam a Præfecto, vel a Præſide prohibebantur ſervi manumitti, ut dicitur in *l. ſervus hac lege, ff. de manumiſſionibus*. Quocirca nil mirum, ſi permiſſum eſt teſtatoribus, & venditoribus prohibere ſervi manumiſſionem, *d.l.ſervus*: nec propterea inde ullum inducitur fideicommiſſum, cum licitum ſit heredi, vel emtori talem ſervum alienare, modo alienet ſub eadem lege ne manumittatur.

Opponunt IV. reſcriptum Alexan. in *l.2. C.de uſucapione pro emtore*, ubi pater poteſt præcipere in teſtamento, filio pupillo ſervos propter perfectæ artis peritiam ſervari: quod ſi accidat a tutoribus vendi, uſucapi non poſſunt.

Recte tamen monet Bartolus, hæc procedere favore pupillorum; quorum bona ſervari Reipublicæ expedit. Quare notabimus, ante Imperatorem Conſtantinum non licuiſſe tutoribus mancipia ruſtica pupillorum vendere: deinde Conſtantinum hoc ipſum caviſſe de mancipiis Urbanis, ut conſtat ex *l.lex quæ, C.de adminiſtratione tutorum*, ubi cum in *§.ſervi etiam*, dicatur ſervos, qui aliqua ſunt arte præditi, operas ſuas commodo pupilli, & minoris inferre debere, utique producitur, ſeu ampliatur reſcriptum *Alex.* in *d.l.2.* cum jubet, poſſe ſervos propter artis peritiam prohiberi

Digitized by Google

hiberi a pupillo vendi. Quod reſcriptum hodie propter novam Conſtantini legem neceſſarium non eſt; quippe ipſo Jure hæc venditio prohibetur, ſine ulla teſtatoris prohibitione.

Aliis objectionibus, quæ facile ſolvi poſſunt, omiſſis, petes, utrum hodie ſaltem ex exæquatione Juſtinianea poſſit dici, ut ſicuti legatum valet ſine cauſa, ita etiam valeat fideicommiſſum. Quæ tamen petitio ſupponit prohibitionem ſimplicem alienandi ſine cauſa adjecta eſſe fideicommiſſum, quod nullo modo concedi poteſt; quare inanis omnino petitio eſt.

Quod attinet ad alterum dictum prioris partis noſtri textus, conſequenter ad ſupra recitata, in eo ſtatuitur, prohibitionem alienationis tunc valere, & fideicommiſſum induci, cum ſit reſpectu certæ perſonæ, vel familiæ, aut ſimiliter, veluti, Rogo heredem meum, ne alienet extra familiam. Quo caſu maxima difficultas eſt, an heres extraneum heredem inſtituendo, videatur contra fideicommiſſum facere? Ex una enim parte urget alienandi verbum, quod ad ſolos actus inter vivos pertinet: ex altera voluntas teſtatoris, qui voluiſſe videtur bona in familia perpetuo manere.

Et Doctores hic poſt Accurſ. Bart. aliosque communiter docent, cenſeri extranei heredis inſtitutionem prohibitam; quod tamen negant nonnulli cum Angelo, apud Cottam in *memorabil. v. alienatio*, quos ſequitur Faber 14. *conject. 6. & ſeqq.*

Probatur opinio Accurſii. I. ex *l. peto, §. fratre, lib. 2.* ubi quidam fratre herede inſtituto petiit, ne domus alienaretur, ſed ut in familia relinqueretur: ait Juriſconſultus heredem intelligi non paruiſſe voluntati defuncti, tam ſi domum alienaverit, quam ſi extero herede inſtituto deceſſerit; quare concludit, omnes fideicommiſſum petere, qui in familia ſunt. Ubi Cujacius etiam notat, prohibita alienatione, videri etiam prohibitam inſtitutionem heredis extranei.

II. Probatur ex *l. pater, §. fundum, lib. 3.* ubi filius, cui prohibita fuerat alienatio fundi quoad filius vixiſſet, ne fundus de nomine teſtatoris exiret, condito teſtamento extraneum heredem inſtituit. Reſpondet Scævola, filium potuiſſe extraneum heredem habere, quia ei filio fuerat alienatio prohibita non ſemper, ſed ad tempus vitæ, vel quoad vixerit. Unde colligitur, quod ſi alienatio de nomine teſtatoris, fuiſſet non ad tempus prohibita, ſed ſimpliciter, intelligeretur etiam prohibita heredis extranei inſtitutio. Concordat textus in *ead. l. pater, § Julius*, in *l. unum, §. ſed etſi, ff. de teſtamentis.*

Verior tamen eſt ſententia Fabri, qui duos caſus hac in re diſtinguit. Prior eſt, ſi prohibitioni alienandi extra familiam addita ſint verba fideicommiſſi, veluti, rogo ut bona conſerventur, vel relinquantur in familia, aut nunquam exeant de nomine meo, & ſimiliter. Et hoc caſu, quia aperta eſt voluntas teſtatoris prohibentis, non ſolum alienationem,

ſed

Digitized by Google

ſed omnem actum, qui bona extra familiam transferat, inde ſit heredem extraneum inſtitui non poſſe. Poſterior eſt, ſi non ſint adjecta verba fideicommiſſi, ſed fideicommiſſum deducatur ex mente teſtatoris, qui ſolum dixit, *Se prohibere alienationem extra familiam*; & tunc, quia heredis cujuſcunque inſtitutio non eſt translatio dominii, ſed continuatio, & per conſequens alienatio non eſt, propterea non erit heredis extranei inſtitutio prohibita.

Deſumta eſt hæc diſtinctio ex Papin. in *l.qui ſolidum*, *§.prædium*, *lib.2.* ubi proponitur, patrem prohibuiſſe prædium alienari de familia liberorum verbis fideicommiſſi,& dicitur a filio heredem extraneum inſtitui non poſſe; niſi forte, ceteris filiis vita functis,noviſſimus ſine liberis decedat. Et notandum ideo,quibuſdam de familia ſuperſtitibus,non poſse extraneum heredem inſtitui, quia teſtator non ſolum prohibuerat alienationem extra familiam,ſed etiam,ut ait textus,verbis fideicommiſſi uſus fuerat, ſcilicet addendo, ut in familia & in ſuo nomine permaneat. Quare cum ſolum dictum eſt, ne alienet extra familiam, quia hæc verba fideicommiſſi non ſunt, licite heres extraneus inſtituetur.

Ex quibus facillime reſolvuntur in contrarium oppoſita; nam in textu in *d.l.peto*, *§.fratre,lib.2.* verum eſt denegari heredis extranei inſtitutionem,ſed notandum eſt fideicommiſſum fuiſſe factum verbis fideicommiſſi; petiit enim Pater non ſolum, ne domus alienaretur, ſed etiam ut in familia relinqueretur: quæ ultima verba fideicommiſſi ſunt, & verbum relinquendi ad ultimas voluntates pertinet. Eodem modo in *d. l.pater*, *§.fundum lib.3.* non fuit ſola prohibitio alienandi, ſed uſus fuit teſtator verbis fideicommiſſi, ut patet ibi: *Ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine meo nunquam exeat*, ubi articulus ille temporis, *nunquam*, maxime urget. Atque ita in ceteris legibus, quæ opponuntur, diſcurrendum eſt, ut latius apud *cit.Fab.* videre eſt.

Colligitur hinc, quod ſi prohibitio alienandi facta ſit verbis fideicommiſſi, & gravatus decedat ab inteſtato, & legitimus heres non ſit de familia fideicommittentis, ei ſucceſſio denegabitur, admiſſis iis, qui de familia ſunt: veluti ſi mulier decedat, relicta pro legitimo herede filia, quæ extra nomen fideicommittentis ſit. Ita *Faber* 14. *conject.*12. Et ratio eſt, quia licet defunctus nihil fecerit contra voluntatem teſtatoris, tamen ab herede iſto extra familiam fraus fieret verbis & menti ipſius, qui apertis verbis juſſit ſua bona in familia perſeverare, nunquam egredi de nomine ſuo.

Idipſum patet ex *l.pen. §.matre*, *lib.2.* quippe teſtator uxori heredi inſtitutæ prohibuit, ne quid poſt mortem ſuam fratribus ſuis relinqueret, & addidit: *Habes filias ſororum tuarum, quibus relinquas*. Deinde uxor inteſtata deceſſit. Ait Scævola poſſe defendi fideicommiſſum deberi filiis ſororum, excluſo fratre legitimo herede. Ergo heres ab inteſtato non præjudicat fideicommiſſo aliquibus relicto. Neque enim quidquam intereſt, utrum

Digitized by Google

utrum fideicommiſſum certis perſonis relictum ſit, an vero familiæ; nam hæc duo æquiparantur in noſtro *§.Divi*.

Accurſius tamen, Bartolus, aliique in contraria ſunt ſententia, docentes heredem extraneum ab inteſtato excludere alios de familia, quamvis fideicommiſſum expreſſe relictum ſit, ne bona egrediantur de familia. Et moventur ex *l.cum pater, §.cum inter, lib.2.* in quo textu patronus legavit prædium libertis ita, *Ut de nomine familiæ non exiret*. Inter iſtos libertos erat liberta. Quæritur, an filius libertæ, ſi heres matri extiterit, partem ejus retineat? & reſpondet Papinianus, retinere. Sed filius non eſt de nomine patris, eique heres extraneus eſt; quocirca heres extraneus ab inteſtato ſuccedet, nihil obſtante fideicommiſſo familiæ relicto.

Varie ad hanc difficultatem reſpondent DD. Sed antecedenter animadvertendum eſt, textum nihil exprimere de ſucceſſione ab inteſtato, ſed generatim dicere, filium matri libertæ ſuccedere, non obſtante familiari fideicommiſſo; quare eſt opus textum generaliter de quacunque ſucceſſione accipere. Cujacius itaque hic notat, non prohiberi in ſpecie *d.§.cum inter*, generaliter, & infinitum, ne fundus exeat de familia, ſed ne exeat de familia, & corpore libertorum. Quod præceptum ſtrictius accipitur; propterea libertorum nemo partem ſuam alienare poteſt: aut ſi alienet, ceteri vocantur. At non inde fieri, ut illorum quiſque ſuis heredibus ſuam partem relinquere non poſſit, licet heredes ſint extranei. Quod videtur confirmari ex *l. pater, §.quindecim, lib.3.* ubi fideicommiſſum injunctum libertis non excludit heredis extranei inſtitutionem.

Aliter reſpondet Salycetus, quem ſequitur Faber; docent enim, in ſupradicta ſpecie particularem adfuiſſe conjecturam voluntatis patroni, ex qua motus ſit Papinianus, ut diceret, fideicommiſſum reſpectu filii libertæ non conſiſtere. Conjectura eſt, quia patronus libertam ad hujuſmodi familiare fideicommiſſum admiſit; quæ liberta, licet de familia ſit, tamen familiam conſervare nequit, *l.pronunciatio cum ſeq. ff.de verb.ſign.* Hinc quia, eo non obſtante, patronus libertam admiſit, non videtur ejus voluntas fuiſſe, ut filium libertæ excluderet; & proinde fideicommiſſum in libertis conſiſtit, at non in liberta; opus enim fuiſſet, ut patronus expreſſius ſuam voluntatem declaraſſet reſpectu libertæ, dicendo velle ſe, portionem quoque ejus in familia relinqui. Hinc Bald. in *l.ea lege, C.de condictione ob cauſam*, ſingulariter docet, poſſe matrem alienare in filium, ſi prohibita ſit, ne alienet extra familiam.

De poſteriori parte, ſeu ne fideicommiſſum fraudi creditoribus ſit, vel fiſco.

PRimo loco habetur, fideicommiſſum non eſſe fraudi creditoribus; quippe non obſtante alienationis prohibitione, heres poteſt ultro bona alienare pro ære defuncti diſſolvendo, ſi aliter non poſſit, *l.pater,§.1. lib.3.* nec propterea dicetur heres in fraudem fideicommiſſi feciſſe, quia alienatio non eſt voluntaria, quæ ſolum intelligitur prohibita, ſed neceſſario facta ob æs alienum defuncti. Quod ſi heres ultro non alienet, licitum ſit creditoribus, ut ipſi bona vendant ex edicto Prætoris, ſed ea vendunt heredis, non defuncti nomine, *§.1. de heredum qualitate, & diſferentia*.

Addit textus noſter in fine: *Nam ſi heredis propter creditores teſtatoris bona venierint, fortunam communem fideicommiſſarii quoque ſequuntur*. Quæ verba difficultatem habent; nam ſi ita accipiantur, ut jacent. Primo fieri non poteſt, ut propter creditores heredis vendantur bona teſtatoris, quod tantundem eſt, ac ſi dicatur vendi bona teſtatoris nomine; quod falſum adeo eſt, ut ipſius teſtatoris bona nomine heredis vendantur. Secundo, propter creditores heredis facta alienatione bonorum, verum quidem eſt ceſſare interim fideicommiſſi petitione; eo tamen herede mortuo, peti a fideicommiſſariis poterit, *l.peto, §.prædium, lib.2.* ubi Azo, & alii communiter.

Ad difficultatem evitandam varie DD. textum emendant. Sed dicendum, ordinem verborum eſſe: *Si heredis bona venierunt propter creditores teſtatoris*. Quod confirmatur ex Pandectis Florentinis, ubi legitur: *Nam ſi heredis bona propter teſtatoris creditores venirent*. Quod tamen variis modis explicatur; alii enim putant id dici, quia tenetur heres ultra vires hereditarias, hoc eſt, etiam de ſuo creditoribus defuncti facere ſatis, *l.quæ dotis, ff.ſol.matrim.* quod hodie verum eſt, ſi heres inventarium omittat, *l.ult. C.de Jure delib.* Alii vero docent, hic *bona heredis* dici venire, non quidem heredis propria, ſeu quæ ipſe ante aditam hereditatem habebat, ſed ea, quæ adeundo acquiſivit; quippe bona teſtatoris per aditionem intelliguntur facta heredis propria, ut propterea nomine etiam heredis vendantur, *d.§.1. de hered.qualitate, & different.*

Quod attinet ad illa alia verba textus, *Fortunam communem fideicommiſſarii quoque ſequantur*, Accurſius putat, fortunam eſſe quoque communem cum legatariis; quandoquidem legata ſolvuntur deducto ære alieno, & eo, quod æris alieni loco eſt, *l.8. §.ult. cum l.ſeq. l.in ratione, per totam, ff.ad l.Falc.* Poſſet etiam dici communem fortunam eſſe cum ipſo herede, qui ob æs alienum defuncti non minus damno afficitur, quam legatarii, & fideicommiſſarii afficiantur.

Ait

Digitized by Google

Ait tandem Martianus hic, fideicommiſſum non eſſe fraudi, non ſolum creditoribus, ſed nec fiſco. Opinatur Accurſ. fiſci mentionem factam majoris explicationis gratia, cum fiſcus hic intelligatur, quando eſt unus ex creditoribus hereditariis. Quæ ſententia recipi non poteſt, quandoquidem Martianus ait, *Neque creditoribus, neque fiſco*; quocirca de fiſco hic mentio non fit, tanquam de creditore; alioqui Juriſconſultus ſine cauſa redundaret.

Alii ſic accipiunt, fiſco ſcilicet vindicante bona quaſi publicata ex delicto. Sed neque id probari poteſt; nam ſi ponas bona publicata ex delicto teſtatoris, totum teſtamentum irritum eſt, *l.6.§.irritum, ff.de injuſto rupto*; teſtamento toto irrito, ineptum eſſet diſputare de parte, veluti de prohibitione alienationis. Quod ſi ponas, bona publicata ex delicto heredis, id non nocet fideicommiſſariis, maxime petentibus poſt obitum heredis, hi enim evincent a fiſco, *d.l.peto, §.prædium, l.cum pater, §.hereditatem, lib.2. l.Statius in fine, ff.de Jure fiſci*.

Putat Cujacius hic, fiſci mentionem fieri ex Jure antiquo; nam olim fiſcus ex omnibus hereditatibus viceſimam capiebat ex *l.Julia*; excepto eo caſu, quo filii, vel parentes eſſent inſtituti, qui aſſem illibatum accipiebant; de qua fiſci portione mentio fit in *l.ult. in princ. C.de edicto D.Hadrian.* & loquitur Plinius in *Panegyr. ad Trajan.* Pancirolus ad *notitiam Imperii Orientis cap.74. p.122. v. Procuratores viceſimæ*. Fideicommiſſum itaque non præjudicabat fiſco, in quantum ad viceſimam, quia habebatur tanquam vectigal neceſſarium, ut ait Paulus *4.ſent. tit.de viceſima*. Concludit ergo Cujacius, hic fiſci mentionem eſſe relictam a Triboniano per incuriam.

De fideicommiſſo familiari, puro, & conditionali.

HÆc pro explanatione noſtri textus ſint ſatis. Sed antequam ulterius progrediamur, operæpretium duxi animadvertere, fideicommiſſum familiare eſſe duplex. Prius eſt purum, & eſt, quando teſtator directe familiæ relinquit, nullo modo reſpiciendo manum heredis; veluti bona familiæ relinquo, familiam ſubſtituo, & ſimiliter: & purum erit, tam ſi in perpetuum relictum ſit, quam ſi ſecus, ſive verba geminentur, ſive non, *l.cum ita, alias l.omnia, §.in fideicommiſſo lib.2. l.ult. C.de verbor.ſignif.* Dicitur etiam multiplex, & graduale; illud, quia tot cenſentur fideicommiſſa, quot perſonæ: iſtud, quia de gradu in gradum defertur in infinitum, quouſque ſcilicet familia extet.

Poſterius eſt conditionale, & eſt, cum teſtator iis utitur verbis, quibus directe manus heredis oſtenditur, veluti, ne extra familiam alienetur, ne de nomine meo egrediatur, conſervetur, remaneat in familia. Et cen-

Digitized by Google

ſebitur conditionale, etiamſi in infinitum concipiatur, etſi verba geminentur, *Nov.159. tit.de reſtit. fideicomm.* Ita explicat Fab.14. *conject.*15. quamvis Doctores communiter cum Bartolo, & Aretino in *l.qui Roma*, *§.coheredes*, *ff.de verb.obligat.* velint fideicommiſſum purum eſſe, ſi verba tractum perpetuum denotent, vel geminationem per modum cauſæ contineant, verbi gratia, non alienetur extra familiam, ſed in familia permaneat: vel, quia volo in familia conſervari. Quod ſi tantummodo dictum ſit, ne alienetur extra familiam, vel non exeat de nomine meo, quamvis deinde adjiciatur, ut in familia conſervetur, fideicommiſſum erit conditionale. Quæ regulæ intricatæ nimis ſunt, & facile rejiciuntur ex *l.peto*, *§.fratre*, *lib.2.* & ex noſtro textu, *§.cum pater*, in quibus non obſtante prædicta geminatione fideicommiſſum eſt conditionale.

Inter utrumque fideicommiſſum multum intereſt. I. Ad fideicommiſſum purum familiæ relictum primo admittuntur nominati: his deficientibus admittuntur, qui ex eadem familia & gente fuerunt mortis tempore, ut quiſque proximior fuerit; nam & hic gradus proximior excludit remotiorem. Scilicet, niſi teſtator nominatim remotiorem aliquem in gradu proximiori prætulerit. Sic ſtatuitur in *l.cum ita*, alias in *l.omnia*, *§.in fideicommiſſo lib.2.* in quo textu ſermo eſt expreſſe de fideicommiſſo familiæ relicto; quare perperam a Cujacio accipitur de fideicommiſſo, in quo teſtator petiit ab herede, ne alienaret extra familiam, quod eſſet fideicommiſſum non purum, ſed conditionale. Itaque juxta communem interpretationem ſpecies ita ponenda eſt. Teſtator ad fundum hereditarium mortuo herede vocavit Titium, & Cajum, & deinde alios ex eadem familia. Huc quoque ſpectant textus in *l.pronunciatio*, *§.familiæ*, *ff. de verbor. ſignif.* & in *l.ult. C.cit.tit.* Fab. in *C. de fideicomm. definit.*10. DD. apud Covarr.38. *pract.*

Notandum eſt, quod in *d.§.in fideicommiſſo* dicitur, ad fideicommiſſum vocari eos, qui ex eadem familia fuerint mortis tempore. Non ſpectatur ergo teſtamenti conditi tempus: quamobrem qui poſt teſtamentum conditum vivo teſtatore in eam familiam venerunt, puta per arrogationem, vocantur & invitantur ad fideicommiſſum, licet teſtamenti tempore in ea familia non fuerint. Secus eſt in cognatis; nam ſi cognatis, vel cognationi, quod idem eſt, quidpiam fuerit relictum, & ſit cognatio exempli gratia civilis, orta per adoptionem, vocantur tam qui fuerunt teſtamenti tempore, licet mortis tempore deſierint eſſe, quam qui teſtamenti tempore cognati non fuerunt, ſed mortis tempore, per adoptionem tales facti ſunt, *l.ſi cognatis*, *ff.de reb. dubiis*. Diſcriminis ratio eſt ex Cujacio, quia in familia meritorum, & nominis ratio habetur, in cognatis vero pietatis; & proinde ſit in iſtis benignior interpretatio.

Quod attinet ad fideicommiſſum conditionale, poteſt gravatus ordinem graduum pervertere, & in ejus arbitrio eſt utrum unum, an plures velit eligere; quandoquidem ſatis eſt ſervare conditionem non alienandi ex-

Digitized by Google

extra familiam. Quod ſi accidat extra familiam diſtrahi; tunc ad fideicommiſſum vocantur ſervato ordine graduum, ut propinquior remotiorem excludat. Ita Doctores ex noſtra *l.filiusfam. §.cum pater*, ubi pater filio fideicommiſit, ne fundum alienaret, ſed ut in familia relinqueret; & dicitur filio licitum eſſe totum fundum uni ex nepotibus teſtatoris relinquere, vel omnibus ex partibus inæqualibus. Sed ſi extraneo relinquat, omnes, qui in eodem gradu ſunt, petere poſſe. Concordat textus in *l.unum ex familia*, §.1. in *l.cum pater, §.libertis*, & in *l.peto, §.fratre*, *lib.2.*

II. Si fideicommiſſum purum ſit, favore familiæ, & accidat gravatum extra familiam alienare, remanet adhuc res ipſa fideicommiſſo ſubjecta, & ſcilicet adſit aliquis de familia, cui integrum eſt rem alienatam ab extraneo poſſeſſore vindicare. Secus ſeſe habet in conditionali fideicommiſſo; nam facta alienatione extra familiam, res vindicari nequit ab iis, qui de familia ſunt, quibus ſolum licitum eſt agere contra gravatum, qui alienavit. Ita Bart. Alex. & alii apud Fuſarium *de ſubſtitutionibus qu.352.n.48.* Fab.14. *conject.14.*

III. In fideicommiſſo puro, ſi gravatus, qui vendere velit, offerat ſingulis de familia, ut emant, qui tamen emere recuſent; non propterea Jus ipſe gravatus acquirit vendendi extero; non enim cogi ad emendum poſſunt, quibus teſtator juſſit gratis dari, argumento ex *l.ſervo legato*, §.1. *lib.1. l.peto, §.fratre*, *lib.2. l.ult. C.communia de legatis*, ut poſt Bart. & alios Faber *loc.cit.cap.15.* Non ita eſt de fideicommiſſo conditionali; quippe ei; qui prohibitus eſt extra familiam alienare, cenſetur conceſſum alienare in familia; propterea ſi nullus de familia emere velit, licite extero alienatur; nam cenſetur adimpleta conditio alienandi in familia, cum per gravatum non ſtetit, quin adimpleretur, argumento ex *l.Jure civili, ff.de conditionib.& demonſtrationib. l.Labeo, ff. de contrab. emt. l.qui Romæ, §.coherede, ff.de verbor.obligat.*

IV. Fideicommiſſum purum non ullo coarctatur gradu, ſed durat donec quis de familia extet; cum e diverſo conditionale fideicommiſſum ultra quartum gradum non porrigatur, *Novell.159.de reſtit.fideicomm.*

C O R O L L A R I A.

Ex noſtro textu ita explicato plures quæſtiones quam facillime reſolvuntur; quas propterea nos in ſequentibus Corollariis deducemus.

I. Colligitur, pœnam prohibitioni alienandi adjectam, nihil operari, tam ſi pœna ſit extrinſeca, veluti ne alienet ſub pœna aureorum centum, quam ſi intrinſeca ſit, ſive rei ipſius, ut ſi alienet, a dominio fundi cadat. Et ratio eſt, quia adhuc prohibitio nudum præceptum eſt; unde fit, gravatum alienando, non eſſe contumacem, nec pœna teneri.

Alii tamen apud Marian.Socc.hic, id quidem in pœna intrinſeca verum eſ-

eſſe fatentur, ſecus vero in extrinſeca, quos ſequitur Bologn. hic *num*.49. itaut ſi teſtator pœnam adjecerit in gratiam certæ perſonæ, iſta queat ad pœnam agere; alioqui aget heres, ſi legatarius ſit prohibitus: vel coheres, ſi prohibitio alteri heredum facta ſit. Quod ſi unus heres exiſtat, quidam putant agere ſiſcum; quod Soccinus negat, quia fiſcus ad pœnam tantum delictis debitam venit; quare ait, dici poſſe admitti legitimos heredes.

Et moventur ex eo, quia licet alteri ſtipulari non poſſimus, ſi tamen pœna adjiciatur, veluti ſi pro Titio Romam non iveris, promittis mihi pœnæ nomine centum, ſtipulatio redditur utilis ex eo, quod ad pœnam agi poteſt, *§.alteri, Inſtitutionib.de inutilibus ſtipulationibus*. Id tamen minime urget, quia a contractibus ad ultimas voluntates non recte argumentum ducitur, ut patet ex eo, quod prohibitio alienandi in contractu facta etiam ſine cauſa valet, *l.ult.C.de reb.alienis, l.ult.C.de pactis inter emtorem, §.ult.auth.ut ſponſalium largitas*; at facta in ultima voluntate nullius eſt momenti, ut diximus. Quare nil mirum, ſi adjectio pœnæ in teſtamento non operetur, quamvis vim habeat in ſtipulatione: alioqui noſtro textui facile fraus fieret. Ratio diſcriminis eſt, quia in ſtipulationibus actio acquiritur ipſi ſtipulanti, heredibuſque ipſius, ſi res alienetur, quod non eſt in teſtamento.

II. Colligitur, prohibitionem alienandi ſub conditione factam, veluti, ſi navis ex Aſia venerit, fundus ne alienetur, non ſuſtineri; quoniam adveniente conditione actus remanet purus, & prohibitio nudum præceptum; & quidem actus puri, & purificati eadem virtus eſt, argumento ex *l.ult. §.1.ff.de vulg. l.ſi a reo, §.ſub diverſis, ff.de fidejuſſorib. l.ſi pupillus, in fine, ff.de conditionibus inſtit*. Ita Crotus, & Marian. Socc. hic *n*.108. quamvis e diverſo in contractibus ſtipulatio ſub conditione valeat, ut ſi Titius a me decem petierit, tot dare ſpondes? *l.a Titio.ff.de verbor.oblig.*

In ambiguo eſt, quid dici debeat, ſi ipſa alienandi prohibitio in conditione ſit, veluti, Do lego Titio fundum, ſi eum non alienaverit.

Verius eſt, hic nullum ſubintelligi fideicommiſſum, quia conditio de natura ſua illud ſolum operatur, ut ſuſpendat actum, nec ullo modo diſponit; quare fieri non poteſt, ut fideicommiſſum inducat. Adde, neque hic favorem certæ perſonæ inſpici. Eſt tamen conditio implenda, & legatarius heredi cavere debet, ſe impleturum conditionem: quod ſi heres prohibitus ſit, cavebit coheredi. At ſi ſolus heres ſit, conditio cenſetur impoſſibilis, quia nullus eſt, cui caveri poſſit, *l.4. §.1. ff.de conditionibus inſtitut. l.Mutianæ, circa finem, ff.de conditionibus, & demonſtrationibus.*

III. Colligitur, ſi quid in teſtamento ſcribatur, quod ſola nitatur auctoritate ſcribentis, ſeu teſtatoris, nec ad alterius commodum pertineat, nullam obligationem parere, utpote quod nudum præceptum eſt. Exempla ſunt apud Pomponium in *l.Q.Mutius, ff.de annuis legatis*. Primum exemplum eſt, ſi Cajum ſolum heredem inſtitui, & juſſi, ut monumen-

tum

Digitized by Google

tum mihi certa pecunia faceret,ex ea ſcriptura non obligatur heres, cum non ſit cui obligetur, aut cui actio contra heredem danda ſit; actio enim non datur ulla cuiquam, niſi ei, cujus intereſt, *l.qui fundum, ff.locati, l.ſi procuratorem* 8. *§.mandatum, ff.mandati*. Itaque ſi auctoritatem teſtantis heres obſervare velit, & eidem præbere fidum obſequium, utique faciet monumentum: ſed ſi obſequi nolit, cogi non poteſt, dicetur tamen impie feciſſe.

Hæc vera ſunt, Cajo ex aſſe herede inſtituto; nam ſi heredi, quem de monumento rogavi,coheredem adjecero,coheres cum illo agere poteſt, familiæ erciſcundæ judicio. Quod ſi utrique heredes juſſi ſint hoc facere, invicem actionem habebunt, *d.l.Qu.Mutius*; quin poſt diviſionem quoque hereditatis eadem de re unus cum altero præſcriptis verbis agere poteſt, ut expreſſe habetur in *l.his conſequenter, §.ſed & eum, ff.fam.erciſc.* ubi horum omnium ratio redditur, illis verbis: *Quia heredum intereſt, quos Jus monumenti ſequitur.*

Secundum exemplum, quando ſcriptura teſtamenti obligationem non parit; cum ſolam ſcribentis auctoritatem reſpiciat, eſt, ſi teſtator juſſerit in municipio ſtatuas, vel imagines ſuas poni, idque gloriæ, vel memoriæ cauſa; hoc caſu heres non obligatur, quia nullius intereſt id fieri, ſeu nullus eſt,qui agat pro defuncto, cuique agere pro defuncto expediat. Verum ſi teſtator fieri id juſſit, honoris vel ornatus municipii cauſa, utique ſcriptura obligationem pariet, quia intereſt Civitatis honorem ſibi delatum exhiberi, *l.Civitatibus, lib.*1.

Quod attinet ad prædictum exemplum monumenti, videtur obſtare Papinianus in *l.hereditas etiam,§.primo,ff.de petitione hereditatis*,ubi pro obſervanda conditione monumenti extruendi heres, etſi ex aſſe inſtitutus, cogitur; & generatim dicitur: *Quia voluntas defuncti vel in hoc ſervanda eſt.*

Dicendum tamen eſt, Papinianum nihil contradicere Pomponio; iſte enim docet nulli contra heredem actionem concedi; neque id negat Papinianus, ut qui in fine ait, ſtricto Jure nulla teneri actione heredem ad monumentum faciendum. Subjicit tamen id, quod Pomponius omiſit, nempe Principali,vel Pontificali auctoritate compelli ad obſequium ſupremæ voluntatis. Ideo ſcilicet Pontificali,quia monumentum ad religionem pertinet, *l.*8.*ff.de relig. l.ult.ff.de mortuo inferendo*. Ideo autem Principali, quia Princeps erat Pontifex Maximus; unde res dedicata a Principe, vel ab eo,cui ipſe dedicandi dedit poteſtatem,fiebat ſacra,*l.ſacra,ff.de acq. rer.dom.* Princeps poteſt facere gratiam Juris jurandi, *l.fin.ff.ad municip.* Cadaver Juſſu Principis de loco in locum transfertur, *l.oſſa, in princip. ff.de relig.* vide Gonzalez ad *cap.*1.*de Jurejur. n.*12. Ex quo apparet, falli vulgo DD. qui pro Principali auctoritate intelligunt Judicis officium. Hodie id ad Epiſcopum pertineret ex *l.nulli liceat, C.de Epiſc.& Cleric.* &*Trident. ſeſſ.*22. *cap.*8. *& ſeq.*

De

De Legatariis conjunctis, & Jure accreſcendi, & uter in eo præferatur, ad *l.re conjuncti* 87. *lib.*3.

DEſumta eſt lex iſta ex Paulo ad *l.Juliam,& Papiam lib.6.*Cum enim ob civilia bella ſuſcepta inter Pompejum, & Cæſarem, inter Antonium, & Lepidum, & Brutos, eſſet exhauſtum pecunia ærarium, & urbs civibus, lata eſt lex Papia caducaria tempore ſenioris Auguſti, qua ſtatuebatur, ut legata caduca, & hereditates caducæ, vel quæ eſſent in cauſa caduci, fiſco acquirerentur, Tacitus 3. *annal.* In cauſa caduci ſunt, quæ deficiunt vivo teſtatore poſt teſtamentum, ut puta ſi legatarius vel heres vivo teſtatore decedat, aut conditione excludatur. Caduca, quæ poſt mortem teſtatoris deficiunt, veluti ſi conditio hereditatis, aut legati defecerit, quia ejus dies non ceſſit, vel ſi hereditas, aut legatum relictum fuerit cœlibi, vel Latino Juniano, & is intra diem centeſimum, id eſt, intra diem cretionis & aditionis, a morte teſtatoris, uxorem non duxerit, aut Latinus Jus Quiritium conſecutus non ſit, Ulpian. in *lib.regal. tit.*17. *de caducis.*Tanta enim tempore latæ legis Papiæ Popœæ fuit penuria civium Romanorum, ut ipſi Conſules Papius & Popœus cœlibes & orbi eſſent, non inventis uxoribus, quod obſervat Dio *lib.*56. Et dicebantur caduca, quia ex lege Papia cadebant in fiſcum; parcebat tamen ſolis parentibus, & liberis teſtatoris, uſque ad tertium gradum, ſi ſcripti fuerunt heredes, *l.un. §.& cum triplici, §.& cum lex, C.de caduc.toll.* Huic legi veluti appendix additum eſt Senatuſconſultum, quo cavebatur, ab apertis tabulis dies legatorum cedere, non a morte teſtatoris, ut medio illo tempore caduca fierent, *d.l.un. §.cum igitur.*

Excludebatur vero fiſcus a ſubſtitutis: & ait Juſtinianus, ſubſtitutiones introductas, ut tollerentur caduca. Excludebatur etiam a conjuncto, ut puta legatarius, qui habebat collegatarium, mortuus eſt vivo teſtatore, mortui pars conjuncto accreſcit, & præfertur fiſco, & heredi ſcripto. Hac ergo de cauſa Juſtinianus in *C.de caduc. tollendis,* de ſubſtitutis, & de Jure accreſcendi tractat: & Paulus in *libris ad l.Juliam, & Papiam,* pariter de Jure accreſcendi egit. Vide latius Balduin. in *tract.de caducis,* Cujac. *ad tit. C.de caduc.initio,* & Ramos in *tract. ad ll.Julias, & Papias,* Gothofr. ad *l.Juliam, & Papiam par.*2.

Quamvis autem Juſtinianus cenſuit, penitus eſſe abolendam legem Papiam caducariam, & retinendam tantum legem Juliam caducariam, *d.l. un. §.cum autem,& §.ult.* quæ ſcilicet omni deficiente herede & bonorum poſſeſſore fiſcum vocat, veluti parentem omnium, *l.quædam, §.quoties, lib.*2. tamen ut Jus ſubſtitutionis, ita conjunctionis Jus, & remanſit, & frequentatum

quentatum eſt. Sed jam noſtrum textum aggrediamur.

Verba Pauli ita habent: *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus ſeparatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio & Sejo fundum æquis partibus do lego; quoniam ſemper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnino ceteris qui & re, & verbis conjunctus eſt. Quod ſi re tantum conjunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an conjunctus potior ſit. Et magis eſt, ut & ipſe præferatur.*

Dividitur textus in duas principales partes. In priori agitur *de ſpeciebus conjunctionis*, & eſt in principio textus. In poſteriori tractatur *de prælatione conjunctorum*, & hæc ibi, *Præfertur*. Nos, inter primam & ultimam partem interſeremus aliam, ubi de ipſo Jure accreſcendi videbimus; ita enim fiet, ut tractatio hæc involuta, non modo complementum, ſed etiam lucem accipiat. Sit ergo.

De Speciebus conjunctionis.

Paulus in noſtro textu declarat ſolum, qui dicantur re conjuncti, item qui verbis. Silet vero de illis, qui re ſimul, & verbis conjuncti ſunt, ea ratione, quia quinam iſti ſint, facile conſtat ex illis, cum ſimplicia contineantur in miſto. Et quidem triplici modo intelligi conjunctio poteſt, ut idem Paulus docuit eodem *lib.6.* ad *l.Juliam & Papiam*, & habetur in *l.triplici*, *ff.de verbor.ſignif.*

Re conjuncti ſunt, cum duobus ſeparatim eadem res legatur, ut hic: vel quos rei complexus jungit, ut in *d.l.triplici*. DD. ita dicunt, cum eadem res duobus in diverſis orationibus in ſolidum relinquitur, veluti, Fundum Tuſculanum Cajo do lego, Fundum Tuſculanum, vel eundem fundum Sejo do lego, *§.ſi eadem in fine, Inſtitutionibus de legatis, l.Julianus, ff.de hered.inſtit.* Quo caſu conjuncti habent ſolidum initio, partes vero faciunt concurſu, *l.conjunctim lib.3. l.1. §.interdum, ff.de uſufr. accreſc.*

Sunt quædam, quæ huic definitioni obſtant, nam objicies I. ex *l.pen. ff. cit. tit.* In ea lege duobus ſeparatim ejuſdem rei uſusfructus legatur, & tamen non ſunt re conjuncti.

Reſpondet Bartolus hoc ideo fieri, quia ibi ſingulis teſtator legavit ab heredibus ſingulis, qua in re ab initio partes teſtator feciſſe videtur. Exempli gratia, duo ſunt heredes, & duobus legata eſt eadem res ab heredibus ſingulis; ſi heredes ſint ſemiſſarii, erunt quoque legatarii ſemiſſarii. Et ſimiliter tribus heredibus inſtitutis ex æquis partibus, ſi eadem res tribus legetur, creditur teſtator æquas partes feciſſe. Itaque quod dicitur conjunctos eſſe re, quibus eadem res ſeparatim legatur, hoc ita verum eſt, ſi legetur ab eodem herede, vel generaliter ab omnibus heredibus; vel

etiam,

Digitized by Google

etiam, ſi uni legetur a pupillo in primis tabulis, alteri eadem res a ſubſtituto in ſecundis tabulis, nempe quia ſinguli heredes in aſſem ſunt, *l.coheredi, §.coheres, ff.de vulg. l.plane, §.ſi conjunctim, lib.*1. Non ita eſt, ſi ſingulis eadem res legata ſit a ſingulis heredibus.

Objicies II. ex *l.ſicut, ff.de adim.legatis*, ubi duobus eadem res ſeparatim legata, priori legatario ademta videtur, non utrique data.

Doctores communiter cum Bartolo ita diſtinguunt; vel teſtator in poſteriori legato commemorat prius, & eſt translatio, veluti id quod Titio dedi legavi, id Cajo do lego, *d.l.ſicut*. Vel prius legatum non commemorat, & eſt conjunctio, *d.§.ſi eadem*. Aliter diſtinguunt Alciatus 1.*parerg.8*. & Valla 2. *eleg*.42.

Hæc tamen diſtinctio rejicitur ex *l.Julianus, ff. de hered. inſtit.* ubi teſtator, qui dixit, Ex qua parte Sejum inſtitui, ex eadem Sempronius heres eſto, cenſetur non tranſtuliſſe, ſed conjunxiſſe; & nihilominus prioris partis commemoratio fit.

Placet ergo quod ait Alciatus in *d.l.triplici*, & 7.*parerg* 8. aut teſtatoris verba in ſecundo legato reſpiciunt ſimpliciter ſubſtantiam rei, & eſt translatio; veluti quod Titio legavi, id Sejo do lego; ubi pronomen *id* totam rei ſubſtantiam trahit in ſecundum legatarium, & proinde translatio eſt, nam ſubſtantia individua eſt, *d.l.ſicut*. Aut verba non referuntur ad ſubſtantiam, ſed ad ſpeciem, genus, aut qualitatem, quæ ſui natura pluribus communia ſunt, veluti, eundem fundum do lego, aut ſimilibus verbis, quibus oratio augetur, & erit conjunctio. Et hoc eſt, quod docet Juſtinianus in *d.§.ſi eadem*, ibi: *Sed ſi expreſſerit eundem hominem Stichum, eque disjunctim legatum intelligitur*. Et ita capiendus eſt textus in *d.l.Julianus*. Idem docuit Valla 2. *eleg*.42.

Sunt, qui velint in legatariis re conjunctis partes ab initio fieri, non concurſu, contra expreſſam diſpoſitionem textus in *d.l.conjunctim lib*.3. & *d.l.*1. *§.interdum, ff.de uſuſr.accreſc.* Moventur hi ex duobus.

Primo ex Ulpiano in *l.plane ubi* 34. *§.ſi conjunctim, lib.*1. ubi hæc habet: *Si conjunctim res legetur, conſtat partes ab initio fieri*. Ergo partes non fiunt concurſu.

Reſpondendum eſt, *conjunctim legari*, licet ſimpliciter poſitum, varie tamen in Jure noſtro accipi; nam Juſtinianus in *§.ſi eadem res, Inſtitutionibus hoc tit. conjunctim legati* accipit de re & verbis conjunctis. E diverſo Celſus in *d.l.conjunctim, lib*.3. *conjunctim legari*, dicit de conjunctis re, affirmans eos ab initio ſolidum habere, concurſu partes fieri. Nil ergo mirum, ſi Ulpianus in *d.§.ſi conjunctim*, illud idem *conjunctim legari*, capiat cum Juſtiniano de conjunctis re, & verbis, quibus partes ab initio fiunt, non quidem a teſtatore, ut in conjunctis tantum verbis, ſed poteſtate Juris; quapropter, ut dicemus, in ipſis eſt Jus accreſcendi, ſicuti in conjunctis re eſt Jus non decreſcendi.

Secundo, moventur etiam. Si legatariis re conjunctis ſolidum ab ini-

initio eſſet relictum, utique duo in ſolidum ejuſdem rei Domini eſſe poſſent, contra textum in *l.ſi ut certo, §.ſi duobus, ff.commodati*. Eſſet ergo ab initio nullum legatum, fieret deinde validum, altero legatario repudiante, vel ambobus concurrentibus, quia concurſu partes fierent; contra regulam, quæ ab initio inutilia ſunt, ex poſt facto reconvaleſcere non poſſunt, *l.quæ ab initio, ff.de reg.Juris*, vel contra regulam Catonianam.

Reſpondetur aliud eſſe ſolidum relinqui, aliud ſolidum acquiri; hoc poſtremum fieri non poteſt, quia regula eſt, ut duo in ſolidum ejuſdem rei Domini non ſint: at prius illud contra nullam Juris regulam eſt. Quamvis ergo pluribus legatariis ſolidum ſingulis relinquatur, nunquam tamen ſingulis ſolidum acquiritur, ut propterea legatum ab initio valeat.

Ceterum realis conjunctio locum habet non modo in ſpeciebus, ſed etiam in ſumma, ſeu quantitate, veluti ſi dictum ſit, do lego Titio decem, & eadem decem do lego Cajo, Baldus in *l.ſi mihi, & Titio, in princ. ff.de verbor.oblig.* & alii apud Bellonum *de Jure accreſc.cap.5.quæſt.*8. Certum eſt enim, Titium & Cajum ſeparatim ad eandem rem vocari; quare re conjuncti ſunt. Præterea quia qui poſiti in eadem oratione ſunt re & verbis conjuncti, iidem poſiti in diverſis, ſunt conjuncti re. Sed plures in eadem oratione vocati ad eandem ſummam, ſunt re & verbis conjuncti, *l.qui quartam, §.ult. lib.*1. habetur enim, *Si quis unam ſummam filiabus legaverit, ut etiam de poſtuma ſentiret, ſi ea non eſt nata, ſuperſtiti ſolidum debebitur.* Ergo vocati in diverſis erunt re conjuncti.

Neque obſtat, quod opponunt Duatenus 1.*de Jure accreſc.*7. & Hotom.1. *amicabil.reſp.*24. nempe, ſolidum initio ſingulis non poſſe deberi, niſi in rebus, quæ communionem ſui natura recipiunt, *l.Titiæ textores, lib.*1. quod locum non habet in quantitate, quæ non recipit ſui natura communionem, cum ipſo Jure, & ab initio dividatur numero, *l.cum Stichus, ff.de ſolut.*

Nam reſpondetur, quod etiamſi quantitas reſpectu ſingulorum corporum non recipiat communionem, tamen reſpectu totius ſummæ vere communio adeſt, & ad eas plures communiter vocari poſſunt, ut ait Julianus in *l.eum qui in princ. ff. de verb.oblig.* quippe una eſt ſumma, ſicut unus eſt grex.

Fatemur tamen, in ſtipulationibus ſummæ partes initio fieri, quamvis aliud ſit in legatis, in quibus eſt Jus accreſcendi, quod in ſtipulationibus ceſſat, *d.l.ſi mihi, & Titio*. Nempe quia Jus accreſcendi introductum eſt ad evitandam legem Papiam caducariam, quæ in ultimis tantum voluntatibus viguit.

Verbis conjuncti ſunt, quos nominum complexus unit, *d.l.triplici*, vel quibus eadem res factis a teſtatore partibus in eadem oratione, ſeu conjuncta ſcriptura relinquitur, verbi gratia, Titio, & Cajo fundum do lego ex æquis partibus. Et quoniam ita conjuncti partes habent non concurſu, id eſt, cum uterque legatum agnoſcit, ſed ab initio factas a teſtato-

Digitized by Google

re, ideo conjunctio verborum per ſe nullius momenti eſt, niſi quatenus ex voluntate defuncti habetur pro conjunctione duplici, ſcilicet tam re, quam verbis, ut infra diſputabimus.

Interim nonnulla notanda ſunt. I. Ad inducendam conjunctionem verbalem exigi, ut vocentur ad diverſas partes ejuſdem rei; nam ſi ad res diverſas vocentur, ut Titio & Mævio ſingulos ſervos do lego, erunt qui dem conjuncti in quantum ad figuram verborum, ſed non in quantum ad Jus accreſcendi, *l. hujuſmodi*, *§. quibus*, *lib.* 1. quia teſtator non tam conjunxiſſe, quam celerius dixiſſe videtur, ut ait Pomponius in *l. ſi quis ita 66. ff. de hered. inſt.* pro eo ſcilicet, quod dicere debebat, Titio do lego ſervum, Mævio alterum ſervum do lego. Quod diximus de rebus diverſis, idem eſto de ſummis; quare ſi pater ita ſcripſit, lego ſingulis filiabus meis mille pro dote, iſtæ conjunctæ non ſunt, *l. qui filiabus*, *§. 1. lib. 1.*

Hinc fit, ut quibus alternis annis legatus eſt ejuſdem fundi uſusfructus, nec etiam conjuncti verbis ſint; non enim concurrunt ad eandem rem, ſed ſinguli, ſuo quiſque anno, ſolidum habent uſumfructum, *l. 2. in princ. ff. quibus modis uſusfructus amittatur.*

Fit etiam, ut partes eſſe debeant diviſæ pro indiviſo, ut ſi dicatur æquis partibus; nam ſi partes ſint diviſæ pro diviſo, hoc eſt certæ, quæ corporaliter, & ad oculum demonſtrari poſſunt, legatarii conjuncti non ſunt, veluti lego Titio & Sejo ſingulas contignationes domus meæ. Ratio eſt, quia partes diviſæ res diverſas conſtituunt, *l. recte dicimus*, *§. ult. ff. de verbor. ſignif. l. ſi quis duas*, *§. ſi quis partem*, *ff. communia prædiorum.*

II. Ad conjunctionem verbalem opus eſſe, ut nominum, non clauſularum complexus ſit; nam ſi dicatur, Mævio fundi partem dimidiam, & Sejo alteram dimidiam lego, legatarii conjuncti non ſunt, quia nexus non eſt inter nomina, ſed inter clauſulas, *l. Julianus*, *ff. de hered. inſtit. l. Mævio in princ. lib. 2.* Ita Goveanus in *animadverſionibus cap. 6.* Cujac. 24. *obſ.* 35. Hotom. 6. *obſ.* 12. Fab. *dec.* 49. *err.* 3.

Nec facit, has clauſulas ab unico verbo *lego* pendere, & proinde unicam orationem conſtituere, ut argumentantur communiter DD. poſt Bart. in *d. l. Mævio, in princ.* nam tunc verum eſt, unicam eſſe orationem, quæ regitur ab uno verbo, cum etiam clauſula una eſt; nam ſi duæ fuerint, verbum in una expreſſum, intelligitur repetitum in altera; quæ figura *Zeugma* dicitur, quare duo verba erunt, & orationes duæ, Bellonus *c. 5. qu. 26. num. 36. & ſeq.*

Quod diximus, multo magis verum eſt, ſi partes ſint inæquales, veluti Titio lego fundi beſſem, Cajo trientem, disjuncti enim ſunt. Proinde, ut recte Goveanus *loc. cit.* & Fab. 6. *conject.* 1. obſervant, nuſquam in Jure noſtro legimus conjunctionem verbalem fieri, niſi partibus æqualibus, ſeu virilibus aſſignatis, ut in noſtro textu, & in *d. l. 66. ff. de hered. inſtit.* & in *l. pen. ff. de uſufr. accreſc.* cum concordantibus.

Re & verbis, ſeu mixtim conjuncti ſunt, quos nominum, & rei com-

complexus jungit, *d.l.triplici*: vel quibus conjuncta ſcriptura, ſive eadem oratione res eadem ſimul, & in ſolidum relinquitur. Hujus plura exempla ſunt, Titio & Cajo do lego fundum: vel Titio, Cajoque: vel Titio cum Cajo; nam ſi quis depoſuerit equum cum capiſtro, unum eſt depoſitum; ut ſervo legato cum peculio unum legatum, ita fundo cum inſtrumento legato, *l.1.juncta l.5.ff.de fundo inſtructo*. Tandem oratio ſoluta habetur pro conjuncta, & qui dicit, Titio, Cajo do lego fundum, eos re & verbis conjungit, *d.l.triplici*. Et hi omnes partes habent ab initio, factas non quidem expreſſe a teſtatore, ſed tacite per interpretationem legis, *l.34. §.ſi conjunctim, ff.de leg.1.* ubi ſimpliciter conjuncti dicuntur, ut etiam a Juſtiniano in *Inſtitutionibus hoc tit.§ ſi eadem res*, ubi conjunctis re & verbis dicitur conjunctim legari, conjunctis re tantum dicitur legari disjunctim. Præter has conjunctiones, conſiderant Doctores etiam aliam, quæ dicitur conjunctio legalis, de qua infra.

Utrum plures heredes in eadem oratione ſine parte ſcripti, cenſeantur re & verbis conjuncti.

Quæstio Unica.

HÆc difficultas locum habet, ſi plures duobus heredes ſcripti ſint; veluti Titius & Cajus heredes ſunto, Sempronius heres eſto; nam ſi Titius & Cajus conjuncti ſunt, repudiante Titio, portio ejus ſoli Cajo accreſcet: ſi vero conjuncti non ſunt, portio a Titio repudiata, non ſolum Cajo, ſed etiam Sempronio accreſcet pro portionibus hereditariis, *l.liber homo, §.cum quis, ff.de hered.inſtituendis.*

Hac in re Cujacius fuit inconſtans, nam in *l.un. §.his ita, C.de caduc.toll.* ſequutus Accurſium, & Bartolum ibidem cenſuit, eſſe conjunctos, tradens in hoc realem conjunctionem a mixta differre, quod heredes ſine parte ſcripti in diverſis orationibus, non ſunt re conjuncti, veluti Titius heres eſto, Cajus heres eſto; cenſentur enim ab initio vocati, quiſque in ſemiſſem: at ſunt re & verbis conjuncti, ſi in eadem oratione vocentur. In contrariam vero ſententiam ivit idem Cujacius in *d.l.triplici*, docens non intelligi heredes mixtim conjunctos, quoties ſine parte ſcripti ſunt, quamvis in eadem oratione vocentur; prorſus ut ad eos conjungendos dicere opus ſit, Titius & Cajus in dimidia parte heredes ſunto, Sempronius heres eſto, ubi Titius, & Cajus ſunt re & verbis conjuncti; ſed ſi tertius, hoc eſt, Sempronius, adjectus non fuiſſet, Titius & Cajus non eſſent conjuncti, quia uterque ferret dimidiam partem, & non in unam, eandemque concurrerent. Idem tradunt Duarenus 2. *de Jure accreſc. cap.9. & 12.* & Goveanus *eod.tit. num.19.* Bellonus *cap.5. quæſt.22. n.5.* Joſephus a Santolaria *lib.1. Juriſconſ. interp.23.* Quæ ſententia vera eſt,

Sed

Digitized by Google

Sed, ut ordine procedamus, duplex in heredibus eadem oratione inſtitutis, conjunctionis ſpecies conſiderari poteſt. Altera in quantum ad Jus accreſcendi, altera in quantum ad coactionem in unam hereditatis partem. Quod primus omnium obſervavit Jacobus de Ravenna, quem ſequitur Cynus in *d.l.un. §.his ita*. Si ergo teſtator ita heredes ſine parte ſcripſit, Titius heres eſto, Sejus & Mævius heredes ſunto, concedimus Sejum & Mævium eſſe conjunctos, non quidem in quantum ad Jus accreſcendi, ſed in quantum ad hoc, ut unam partem hereditatis auferant, hoc eſt dimidiam; quippe habuit eos teſtator, dum ita conjunxit, pro una perſona; unde fit, ut alteram dimidiam accipiat Titius. Itaque hereditas diviſa eſt in duos ſemiſſes, non in tres trientes, ſicuti ex Proculo ſcribit Celſus in *l.liber homo, §.Titius, ff.de hered.inſtit.* & ex Celſo, Ulpianus in *l.item quod Sabinus, §.1. ff.cit.tit.* Et quoniam portio ejus, qui nemini eſt conjunctus in quantum ad Jus accreſcendi, accreſcit omnibus pro portionibus hereditariis, ideo ſi Sejus repudiet ſuum quadrantem, accreſcet Titio & Mævio inæqualiter, ita ſcilicet, ut Titius duplum auferat, quam Mævius, *d.l.liber homo, §.cum quis.*

Quod vero heredes ſine parte ſcripti non ſint in quantum ad Jus accreſcendi conjuncti, probatur I. ex apertis Ulpiani verbis in *d. l.item quod Sabinus, §.1.* cum ait: *Quantum ad Jus accreſcendi non ſunt conjuncti, qui ſine parte inſtituuntur.* Species ejus legis eſt. Teſtator duos ex undecim unciis ſcripſit heredes, ita ſcilicet, Primus & Secundus, ex deunce heredes ſunto: deinde duos alios ſine parte, ita, Tertius & Quartus heredes ſunto. Mortuo teſtatore, Tertius, unus ex iis, qui ſine parte fuerunt, repudiavit. Quæſitum fuit, cui ſemuncia repudiata accreſcat? Quæſtio dependet ex eo, quod diximus, utrum ſcilicet Quartus ſit conjunctus Tertio Jure accreſcendi, an potius ſolum Jure coactionis. Nam in primo caſu accreſcet ſoli Quarto: in poſteriori accreſcet omnibus. Ait ergo Ulpianus, Antiquos circa hanc difficultatem fuiſſe inter ſe diſcordes; ipſe tamen accedit Servio, qui omnibus accreſcere ait. Et tandem rationem reddit illis verbis: *Nam quantum ad Jus accreſcendi, non ſunt conjuncti, qui ſine parte inſtituuntur.* Ubi notandum, non negari ab Ulpiano ſimpliciter, Tertium & Quartum eſſe conjunctos; ſunt enim conjuncti, quatenus coacti ſunt in unam partem, hoc eſt in unciam; ſed negari eſſe conjunctos in quantum ad Jus accreſcendi. Quare omnino fit, ad conjunctionem mixtam, de qua nos loquimur, partes debere exprimi, ut Primus & Secundus ex deunce heredes ſunto.

II. Probatur ex Pomponio in *l. ſi ita quis 66. ff. de hered. inſtit.* ubi teſtator heredes ita inſtituit, Titius heres eſto, Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes ſunto. Deceſſit Cajus. Dubitatum eſt, cui portio ejus accreſcat. Reſpondet Juriſconſultus, non ſoli Mævio accreſcere, ſed etiam Titio ex hereditariis portionibus: *Quia teſtator non tam conjunxiſſe, quam celerius dixiſſe videtur.* Hoc eſt, non conjunxiſſe reſpectu Juris accreſcendi;

di; tum quia pars expreſſa non eſt, erat enim opus dicere, heredes ſunto in ſemiſſe; tum etiam, quia addidit, *æquis partibus*, quod facit, ut nec etiam ſint conjuncti in quantum ad coactionem in unam partem; & tota hereditas in tres trientes diſpertietur, quaſi dixiſſet teſtator, *Cajus heres eſto*, *Mævius heres eſto*, ut certe erat dicturus, ſi celeriter loqui noluiſſet. Quare ſicuti iſto modo dicendo hereditas dividitur in tres trientes, ita etiam illo.

III. Probatur ratione. Nam qui in diverſis orationibus non ſunt re conjuncti, iidem per conſequens vocati in eadem oratione, non ſunt re & verbis conjuncti; quia nominum complexus non inducit realem conjunctionem, ſed verbalem tantum. Sed heredes ſine parte in diverſis orationibus non ſunt re conjuncti, ut eſt communis opinio, & mox dicemus. Ergo non ſunt re & verbis conjuncti, ſi vocentur in eadem oratione.

Objicies I. ex *d.l.triplici*, ubi in hoc exemplo ſi teſtator dixerit, Titius, Mæviusque heredes ſunto, dicitur facta conjunctio re & verbis, non aliter quam in iſto, Titius & Mævius ex parte dimidia heredes ſunto.

Ex dictis facile reſponſio patet; agit enim in eo textu Paulus generatim de conjunctionibus, tam ſi conjunctio ſit reſpectu Juris accreſcendi, quam reſpectu coactionis; propterea utriuſque exempla in medium adducit; in eo enim exemplo, ubi ſine parte inſtitutio fit, adeſt conjunctio Jure coactionis; at in alio, quod cum parte eſt, adeſt conjunctio Jure accreſcendi.

Objicies II. ex *l.heredes ſine partibus*, *ff.de hered.inſtit.* ubi heredes conjunctim ſine partibus ſcripti, gaudent Jure accreſcendi.

Reſpondetur Jabolenum ibi ſermonem habere de heredibus inſtitutis cum parte, ſed ſine partibus. Quæ duo longe diſtant; nam ſi ſcribat teſtator, Titius & Sejus ex triente heredes ſunto, dicuntur heredes inſtituti cum parte, ſed ſine partibus, & inter eos locum habet Jus accreſcendi. Sed ſi dicat, Titius & Sejus ex triente æquis partibus heredes ſunto, dicentur inſtituti cum parte, & cum partibus, & Jus accreſcendi inter eos ceſſat, quia verba illa, *æquis partibus*, prohibent realem conjunctionem, ut recte docet Goveanus in *animadverſionibus d.cap.6.*

Quod ſi heredes inſtituti duo tantum ſint, & in diverſis orationibus, ipſi non veniunt ſinguli ex aſſe, ſed quiſque pro rata; veluti Titius heres eſto, Cajus heres eſto; hi non habent ſolidum initio, & non faciunt partes concurſu; ſed ita intelliguntur inſtituti, quaſi dixerit teſtator, Titius ex ſemiſſe heres eſto, Cajus ex ſemiſſe heres eſto, ut docuit Andreas Zaphyrius apud Alciatum hic *num.13.* & probatur ex *l.quoties*, *§.heredes*, *ff.de hered.inſtit.* ubi ſi pluribus heredibus ſcriptis, a teſtatore partes non fiant, æqualiter inſtituti intelliguntur; & colligitur ex *d. l.item quod Sabinus §.1.* Quocirca re conjuncti non ſunt, nec eſt inter eos Jus accreſcendi, illud nimirum quod provenit ex conjunctione, quamvis uno repudiante, totum capiat alter Jure accreſcendi, quatenus

co-

coheres, vel quaſi ſubſtitutus, ut vocatur in *l.ſi Titio*, *§.Julianus*, *lib.2.* ſcilicet ne teſtator ex parte inteſtatus decedat. Quod patet etiam ex eo, quia ſi dicam, Titius & Cajus heredes ſunto, hi re conjuncti non ſunt, ut viſum eſt; ergo nec etiam ſi eoſdem in diverſis orationibus inſtituam.

Hæc diſtinctio inter duos heredes maximi eſt momenti, quia ſi ullo caſu duo heredes eſſent re conjuncti, portio deficientis accreſceret ſine onere, ut dicemus ex *l.un. C.de caduc.toll.* Non ita inter coheredes; nam quamvis Celſus ſcribat, portionem coheredis deficientem accreſcere ſine onere, *l.pater* 29. *§.ult. lib.*2. idque etiam Juliano placuiſſe tradat Ulpianus in *d.l.ſi Titio*, *§.Julianus*; tamen idem ſcribit, hoc ceſſare poſt reſcriptum D.Severi, quo onera ab inſtituto relicta, a ſubſtituto debentur; nam coheres quaſi ſubſtitutus eſt, & propterea cum onere conſequetur accreſcentem portionem, *d.§Julianus.*

Cum vero plures duobus ſunt heredes, & dubitatur, utrum duo ex ipſis ſint re & verbis conjuncti, hoc non inquiritur ratione oneris; nam ut coheredi accreſcit portio repudiantis cum onere, ita etiam conjuncto re & verbis, *d.l.un.* Inquiritur ergo ſolum ad hoc, ut ſciamus, an portio conjuncti repudiantis accreſcat uni, hoc eſt conjuncto tantum, an omnibus coheredibus, ut jam expoſitum eſt.

Ceterum ſi teſtator in duobus heredibus partes exprimat, Titius & Cajus ex æquis partibus heredes ſunto, iſti nec etiam conjuncti ſunt, *d.l.* 66. *ff.de hered. inſtit.* Multo magis conjuncti non ſunt, ſi dicat, Titius heres eſto in beſſe, Cajus in triente heres eſto. Quare videtur concludendum, nunquam duos heredes eſſe conjunctos, in quantum ad Jus accreſcendi, quod ex conjunctione provenit. Itaque ſi a duobus heredibus, deducto uſufructu, proprietas legetur, in perſona heredum uſusfructus, qui deducitur, ſanus conſtitui intelligitur pro portionibus hereditariis, & ideo inter eos non eſt Jus accreſcendi, & amiſſa pars uſusfructus non adcreſcit coheredi, ſed conſolidatur cum proprietate, *l.*1. *§.*1. *l.*2. *ff.de uſufr. accreſc.*

De Jure accreſcendi.

JUs accreſcendi generatim ſumtum, quatenus etiam Jus non decreſcendi comprehendit, eſt Jus retinendæ, vel nanciſcendæ partis conjuncti, qui non concurrit, vel concurrere deſiit. Ita Cujacius hic, Hotomannus in *epitome hoc tit. num.*2. & 14. Explicatur.

Dicitur *Jus* locum generis. Nec propterea credas vitioſam eſſe definitionem, quaſi idem per idem definiatur; nam quoties id, quod definitur, generis ſui nomen habet, neceſſario ipſum genus in definitione exprimitur; veluti ſi quis partem incertam definiet, dicendo, eſt pars, quæ Juris intellectu per totam rem diffunditur, non erit vitioſa definitio, quia ip-

ipſum definitum caret ſpeciali nomine. Quare recte Theophilus in *§.ſed non ita, Inſtitutionibus de exhered. liber.* Jus accreſcendi definit eſſe Jus partis auferendæ; recte etiam D.Thomas in 4. *diſt.*27. *quæſt.* 3. *art.*2. Jus patronatus definit, Eſt Jus præſentandi Clericum, &c.

Dicitur *retinendæ*. Hoc pertinet ad eam Juris accreſcendi ſpeciem, quæ proprie dicitur Jus non decreſcendi, & eſt in conjunctis re; quoniam enim iſtis palam teſtator ſingulis ſolidum aſcribit, legando Primo fundum,& eundem fundum Secundo,ſine dubio Secundo concurrente decreſcit legatum factum Primo, qui ex toto, quod erat conſequuturus,jam non habet,niſi dimidium; quare ſi non concurrit, non accreſcit legatum, ſed non decreſcit, ut eleganter omnium primus obſervavit Juſtinianus in *l.un.* §.*ubi autem legatarii*, *verſ.ſin vero nemo, C.de caduc.toll.*

Dicitur, *vel nanciſcendæ partis*, quod pertinet ad Jus accreſcendi in ſpecie, & eſt inter conjunctos re & verbis, quibus teſtator non ita manifeſte ſolidum relinquit; dum enim dicit, Titio & Cajo do lego fundum, videtur potius ſingulis partem reliquiſſe; quare utroque concurrente, neutri portio decreſcit, cum quiſque partem ſibi a teſtatore datam retineat. Si igitur alter deficiat, ejus portio collegatario accreſcit, Juſtinian. *loc.cit.*

Dicitur *conjuncti*; quippe cauſa finalis Juris accreſcendi in genere in legatariis, & fideicommiſſariis eſt conjunctio, vel voluntas teſtatoris, quæ ex conjunctione colligitur; quocirca hoc Jus conjunctionis appellatur in *l.ſi ſub conditione, in fine, ff.quibus modis uſusfructus amittatur.* Nam aut teſtator eos verbis conjungit,& videtur eoſdem in unum corpus redigere, & pro una perſona reputare, & proinde capit unus, quod omnes, ſi ceteri deficiant: aut verbis disjungit, & manifeſte ſolidum ſingulis adſcribit. Idipſum eſt ſi conjuncti heredes ſint, qua conjunctione ceſſante, ſi alter heres deficiat, tunc coheres capit quidem totum, ſed contra voluntatem teſtatoris, ex regula, ne quis decedat pro parte inteſtatus, Goveanus in *l.* 1. *§.ſi coheredis, ff.ad l.Falcid.*

Dicitur, *qui non concurrit, vel concurrere deſiit*. Hæc verba apponuntur,ut intelligamus diſcrimen, quod eſt inter proprietatem, & uſumfructum reſpectu Juris accreſcendi. Nam pars proprietatis acquiſita, & poſtea amiſsa, non accreſcit, pars vero uſusfructus accreſcit, ſcilicet non nanciſcor partem proprietatis ejus, qui ſemel mihi concurrit, ſed poſtea concurrere deſiit, amiſſa parte ſua, vel omiſsa: nanciſcor tamen partem uſusfructus ejus, qui mihi concurrit, ſi deinde deſinat concurrere, amiſſa parte ſua per capitis diminutionem. Ratio diſcriminis eſt in *l.*1. *§.pen. ff.de uſufr.accreſc.* quia proprietas ſemel uno momento conſtituitur, ſeu eo ſolo tempore,quo vindicatur legatum. In uſufructu longe aliter ſe res habet; nam uſusfructus legatur non ſemel, ſed quotidie, & in momenta ſingula cuilibet legatario, quia ex perceptione temporaria conſiſtit, *l.*1. *ff.quando dies uſusfr.cedat*: quare videntur diverſa legata. Unde non

eo ſolum tempore, quo vindicatur, inſpicitur an collegatarius mihi concurrat, ſed quotidie. Et qui hodie mihi concurrit, ſi non concurrat cras, amiſſa parte per capitis diminutionem, ejus pars mea eſt.

Unde falſa eſt communis opinio, partem uſusfructus amiſſam poſt acquiſitionem pertinere ad re conjunctum, non per Jus non decreſcendi, ſed per Jus accreſcendi; moti ex eo, quia uſusfructus, qui per concurſum ſemel decrevit, cum mihi acquiritur, id fiat per Jus accreſcendi. Ita Bartolus hic *num.*21. & Jaſon *num.* 102. Cujacius *ad Africanum tract.*5. *in l.*2. *ff.de uſufr.accreſc.* Hotomannus *qq.illuſt.*44. Sed verius eſt, in uſufructu etiam poſt acquiſitionem locum habere Jus non decreſcendi; cum enim uſusfructus quotidie intelligatur legatus, quamvis per concurſum decreverint legata præterita, integra tamen manent legata ſequentium annorum; quare cum collegatarius deſinit concurrere, pertinet ad me uſusfructus totus per Jus non decreſcendi. Ita Ripa hic *num.*8. & 64. & Cujac. ſibi contrarius in *paratl.de uſufr.accreſc.* ſequitur Bellonus *cap.*5. *quæſt.*37. *num.*15.& *ſ.qq.*

Ex his colligitur, ceſſare Jus accreſcendi inter conjunctos, ſi judicium defuncti tale appareat fuiſſe. Exemplum elegans eſt in *l.mulieri, ff. de condit.& demonſtr.* ubi inter conjunctos re & verbis non eſt Jus accreſcendi, quia contrarium videtur fuiſſe judicium defuncti: ſed integram ſpeciem ejus legis exponamus. Quidem mulieri, & Titio conjunctim legavit uſumfructum, ſub conditione ſi non nupſerit mulier. Hæc conditio viduitatis mulieri remittitur lege Julia propter utilitatem publicam: at Fiſco non remittitur, *l.*1. *C.de indicta viduit.toll.* Si itaque mulier nubat, licet Fiſco non ſit remiſſa conditio, non propterea mulier, eo excluſo, ad integrum uſumfructum admittetur. Ratio ſpecialis eſt, quia lege Julia mulieri tantum habere conceſſum eſt, quantum haberet, ſi conditioni paruiſſet. Sed ſi paruiſſet, ſolam partem habuiſſet; ergo eandem nunc habebit. Hinc fit, ut Titius partem ſuam non amittat, ſed propter mulierem, quæ eam acquirere non poteſt, retineat; deberet enim pars Titii migrare ad mulierem, ad quam tamen migrare non poteſt propter legem Juliam; quare remanet apud Titium. Quærit deinde Papinianus quid Juris, ſi Titius repudiet legatum? Et ait, non accreſcere, ne mulier plus habeat ſua parte, quæ venit ad legatum ex lege Julia contra Judicium defuncti; cum non ſit impleta conditio viduitatis: & quæ admittuntur contra Judicium defuncti, non ſunt producenda latius, Cujacius hic *tit.de Jure novo.*

Nunc de ſpeciebus Juris accreſcendi, quæ ex dictis in definitione colliguntur.

I. Jus accreſcendi dividitur in Jus non decreſcendi, & id, quod in ſpecie Jus accreſcendi nuncupatur. Et primum diſcrimen eſt, quia Jus non decreſcendi habet locum etiam in invitis, ut accidit in re conjunctis, *hun. §.ubi autem legatarii*; *C.de cad.toll.* Ratio eſt, quia ſingulis palam ab initio ſolidum relinquitur, & concurſu partes fiunt; quare unum le-

 gatum

gatum eſt, quod ſcindi non poteſt, hoc eſt pro parte reſpui, & pro parte agnoſci: & qui partem capit, totum capit, *l.legatarius, in princ. lib. 1. l.neminem, lib. 2.*

At Jus accreſcendi non procedit, niſi volentibus. Quare re & verbis conjunctis invitis non accreſcit, quia non ita palam ſolidum relinquitur ſingulis, & duo videntur eſſe legata, & alterum capienti licebit alterum repudiare, *d.§.ubi autem legatarii*. Idemque de verbis tantum conjunctis dicendum eſt, quia his ab initio partes legantur, & adſcriptio hæc partium facit duo legata.

Alterum diſcrimen eſt, quia cum Jure non decreſcendi onera non tranſeunt; nam re tantum conjunctis accreſcit ſine onere, *d.§.ubi autem legatarii*; cum enim ſingulis palam ſolidum legatum ſit, ideo videtur ſuum capere, ſuo autem legato non eſt adſcriptum onus, *l.ſi ſeperatim, ff.de condit. & demonſtr.*

Secus eſt in Jure accreſcendi, quia videntur capere alienum legatum; quocirca re & verbis conjunctis, & verbis tantum conjunctis accreſcet cum onere, *l.ſi quis legata, §. 1. ff.cit.tit.*

II. Jus accreſcendi dividitur in Reale, & Perſonale. Reale habet locum in proprietate: perſonale in uſufructu, ſcilicet, quia in proprietate portio accreſcit portioni, in uſufructu vero perſonæ; quamobrem in illa Jus accreſcendi comparatur alluvioni; in hoc non item, *l.ſi Titio, §. 1. ff.de uſufr.* Goveanus *hoc tit. num. 2.* Verum tamen eſt, quandoque in proprietate partem dici accreſcere perſonæ, ut in *tit. C.quando non petentium partes petentibus accreſcant*; id nihilominus non ita intelligitur, ut perſona propter ſe trahat vacantem partem, ſed ut ei accreſcat propter rem. Diſcrimen inter utrumque patet ex dictis in definitione.

An in conjunctione legali locus ſit Juri accreſcendi.

Quæstio I.

Conjunctio legalis eſt complexus duorum, pluriumve, qui ſimul ad eandem rem ex Juris diſpoſitione vocantur. Exemplum eſto in Dominis ejuſdem ſervi, cui a teſtatore legatum ſive proprietatis, ſive uſusfructus relictum ſit; quia enim Domini ad legatum ſervo relictum vocantur non a teſtatore, ſed a lege, prorſus ut legatum a perſona unius ſervi perveniat ad plures Dominos, ideo DD. legali conjunctione eos conjunctos vocant, poſt Bartol. & Jaſ. hic. Quæritur modo, utrum hæc conjunctio ad Jus accreſcendi pariendum inter Dominos ſit ſatis?

Et non concordant inter ſe Juriſconſulti. Nam Proculo placuit, ſi ſervo communi duorum legatum ſit, uno ex Dominis omittente legatum,

alteri non accreſcere, ſed partem omittentis in hereditate remanere. Proculi opinionem & ſectam ſequutus eſt uterque Celſus, pater & filius, in *l.& Proculo lib.2.* Moti ſunt ea ratione, quia non conjunctim (ea ſcilicet conjunctione, quæ Jus accreſcendi parit) ſed ſeparatim partes Dominis legantur, id eſt, partes habent ab initio, non concurſu. Quod conſtat ex eo, quia in concurſu partes dividuntur ex æquo, quod non eſt in ſpecie noſtra, ubi Domini legatum dividunt pro partibus, quas in ſervo habent, ut ſi unus in ſervo habeat quadrantem, alter dodrantem, legatum ei ſervo relictum dividetur inter eos ratione tripla. Sunt igitur ſeparati, & disjuncti in eo legato. Ex quo efficitur, inter eos non verſari Jus accreſcendi.

Nec contrarium eſt, quod dicitur in *l.ſervus communis 66. ff.de acq. hered.* ubi ſi ſervus communis heres inſtituatur ab extraneo, licet Domini ſervi concurrant pro parte dominica, tamen ſi unius Jus tantum Juſſu ſervus adeat, ceteris ſociis non jubentibus, tacito Jure partes ei accreſcunt. Nam hoc accidit non ob conjunctionem, ſed ex regula textus in *l.Jus noſtrum, ff.de reg.Jur.* ob quam inter duos heredes licet ſeparatos Jus accreſcendi locum habet, quod non eſt in legatariis, in quibus Jus accreſcendi non niſi ex conjunctione dependet.

Diverſæ ſectæ a Proculejanis fuit Julianus, qui videtur ſequutus Sabinianos, quibus accedit Ulpianus in *l.1. §.1.ff.de uſufr.accr.* Putat enim Julianus, ſi communi ſervo uſusfructus ſit relictus, & altero Domino repudiante, vel amittente uſumfructum, alterum totum habere Jure accreſcendi. Et reſpondet ad rationem Celſi, qui ideo non dabat Jus accreſcendi, quod Domini ſeparati viderentur, quaſi ab initio partibus dominicis legatis; reſpondet, inquam, non Dominorum, ſed ſervi, cui legatum eſt, perſonam inſpiciendam eſſe, quæ ut una eſt, ita Domini pro uno habentur, ſeu unius perſonæ poteſtate funguntur; propterea unus ex ipſis totum legatum acquiret.

Pro conciliandis his Juriſconſultis, Joannes antiquus interpres ait, attendi debere Julianum ſermonem habere de uſufructu, Celſum de proprietate. Et ita DD.communiter. Quæ conciliatio recipienda non eſt. Primo quia Celſus generatim loquitur tam de proprietate, quam de uſufructu, ut conſtat ex illis verbis, *Si alter Dominorum omitteret*: quippe *omittere* legatum dicitur tam qui repudiat legatum proprietatis, quam uſusfructus; omittimus enim delata, nondum acquiſita: e diverſo amittimus acquiſita.

Secundo, quia in hac quæſtione Julianus non ſpectat naturam uſusfructus, id eſt non movetur ex eo, quod uſusfructus legatus ſit, ſed ſpectat perſonam ſervi, cui legatum eſt, quæ cum ſit unica, colligit legatum non poſſe ſcindi, & eum Dominum, qui agnovit legatum, invitum totum amplecti, ſocio repudiante. Ita quoque Celſus non movetur legato proprietatis, ſed ſpectat perſonas Dominorum, qui cum concurrant

pro

Digitized by Google

pro partibus dominicis, videntur propterea ſeparati, ut obſervat Cujacius in *d.l.& Proculo.*

Hinc dependet diſpoſitio textus in *l.Plautius*, *ff. ad l.Falc.* ubi ſi Dominus leget ſervo communi ſibi & alteri, legatum, quia in perſona heredis conſiſtere non poteſt, totum ad ſocium pertinet, ibique refertur D.Pii reſcriptum, quo ſtatutum eſt, ſervo communi fideicommiſſum datum, totum ad ſocium pertinere. Ex quo reſcripto hæc controverſia Juriſconſultorum ſublata videtur; nam ubi diverſæ erant ſectarum ſententiæ, ad Principem relatio fieri ſolebat; eaque deinceps ſententia magis probabatur, quam Princeps reſcripto confirmaſſet, ut Merillus 1. *obſ.5.* notat ex *Fragm.Juris civilis*,poſt collationem legis Moſaycæ,ex *d.l.Plautius, l.Divi*, *ff. de Jure patronatus*, *l.7. ff.de iis, quæ in fraudem creditorum, l.9. C.qui teſtamenta facere poſſ. l.25. C.de nuptiis.* Ita Proculejanorum ſententia adverſus Sabinianos probata fuit, quod eam Princeps admiſiſſet, *§.item pretium, Inſtitut.de emt.& vendit. l.pen.C.de rer.permutat.* Ita Proculi ſententia probatur contra Caſſium ab Antonino Pio in *l.1. §.coheredis, ff.ad l.Falc.*

Vocantur a DD.etiam conjuncti lege heredes legatarii,qui poſt diem legati cedentem, & nondum agniti, deceſſit, pluribus relictis heredibus; transmittitur enim ad ipſos legatum, *l.ſi poſt diem in princ.ff.quando dies legatorum*; & licet legatarius ipſe pro parte repudiare non potuerit, heredes tamen ipſius poſſunt,& altero repudiante,alter totum acquiret, *l.legatarius, in princ. lib.1.*

Ab inteſtato etiam legalis conjunctio locum habet. Et duo exempla proferuntur. Primum eſt, cum plures in eodem gradu exiſtentes ſimul ad eandem hereditatem vocantur, videntur enim & ipſi unum corpus efficere, & quam partem unus repudiat, alteri accreſcit, *l.ſi ex pluribus*, *ff.de ſuis*, *& legit. l.1. §.ſi nemo*, *ff. ad Tertull. l.un. C. quando non petentium partes*, *l.3. §.ult. ff. de bonorum poſſeſſionibus*. Secundum eſt in iis, qui Jure repræſentationis, & in ſtirpem ſuccedentes, in unam vocantur portionem, & uno ex ipſis repudiante, aliis ejuſdem corporis accreſcit,non etiam illis,qui in capita ſuccedunt, *l.ſi duobus,in princ. ff.de bonorum poſſeſſione contra tab. l.1. §.ſi quis ex nepotibus, ff.de conjungendis cum emancipato liberis.*

An

An inter legatarios conjunctos verbis locum habeat Jus accreſcendi.

QUÆSTIO II.

NOn una eſt Doctorum opinio. Accurſius in *l. 1. in princ. ff. de uſufr. accreſc.* docuit, ſive agatur de legato proprietatis ſive uſusfructus, ſemper inter verbis conjunctos locum eſſe Juri accreſcendi. Sequuntur Bartolus, Baldus, Imola, aliique communiter in *l. ſi duobus, §. ult. lib. 1.* Forcat. in *Necyom. dial. 59. num. 6.* Donell. *lib. 7. comm. cap. 15. & lib. 8. cap. 21.*

Probant I. ex *d. l. ſi duobus, §. ult.* ubi Pomponius hæc habet: *Si teſtator Titio & poſtumis viriles partes dari voluerit, vel etiam id expreſſerit, totum legatum Titio debetur, non nato poſtumo.* Ubi aperte dicitur, Titius, & poſtumus, quibus teſtator legavit viriles partes, & proinde verbis tantum conjunctis, habent Jus accreſcendi. Et notandum eſt, a Pomponio in Jure accreſcendi æquiparari conjunctos verbis tantum, cum conjunctis re & verbis; nam ibidem dicitur: *Si Titio, & poſtumis legatum ſit; non nato poſtumo, totum Titius vindicabit*, & certum eſt; Titium & poſtumos hic eſſe re & verbis conjunctos; non enim additum eſt, *æquis partibus*. Idipſum habetur in *l. quidam, §. ult. cum duab. ll. ſeqq. ff. de reb. dubiis.*

II. Probant ex *l. Mævio in princ. lib. 2.* ubi in hoc legato, Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego, Jabolenus ait, ſi Sejus deceſſerit, partem ejus utrique accreſcere.

Alii tamen veteres Juriſconſulti fatebantur hoc verum eſſe in legato proprietatis, at negabant in uſufructu; ex Papiniano in *l. pen. ff. de uſufr. accreſc.* ubi ſi æquis portionibus duobus ejuſdem rei fructus legatus ſit, dicitur inter eos Jus accreſcendi non eſſe. De veteribus iſtis meminit Accurſius *loc. cit.* Sequuntur Duarenus 1. *de Jure accreſc.* Fachin. 5. *contr. 50.* Et rationem diſparitatis eam eſſe dicunt, quia verbis conjunctus in uſufructu nequit vindicare partem collegatarii deficientis, quaſi ſuam; quia enim partes ſingulis datæ ſunt, non poteſt partem ſocii dicere ſibi eſſe relictam. Secus eſt in proprietate, cujus portio tanquam alluvio portioni accreſcit, *l. ſi Titio, in fine, ff. de uſufr.* & in alluvione reivindicatio eſt, *l. ex mille, ff. de evictionib.*

Placet tamen eorum opinio, qui docent inter verbis conjunctos, ſive de proprietate legata, ſive de uſufructu agatur, nunquam eſſe Jus accreſcendi, uno excepto caſu, cum verbalis conjunctio habetur pro conjunctione duplici. Ita Goveanus *hoc tract. num. 12. & 25.* & in *animadverſionibus, cap. 6.* Cujacius hic, & 24. *obſerv. 34.* Hotomannus 6. *obſerv. 12.*

Digitized by Google

*ſerv.*12. Faber *6. conject.*1. Bellonus *cap.*5. *q.*38. *num.*26.*& ſeqq.* Probatur ex pluribus.

I. Ratione, quia generaliter verum eſt, toties Jus accreſcendi eſſe, quoties in duobus, qui ſolidum habuerunt, concurſu partes fiunt, ut eſt regula textus in *l. Neratius* 4. *ff. de uſufr. accr.* Sed verbis conjuncti non habent ſolidum, nec partes concurſu faciunt; quippe teſtator eis partes facit, ut indicant verba illa, *æquis partibus*, unde in textu noſtro dicitur, eos ſemper habere partes. Ergo inter verbis conjunctos non eſt Jus accreſcendi. Confirmatur ex *l. pen. ff. cit. tit.* ubi inter eos, quibus eadem res æquis portionibus legata eſt, non habet locum Jus accreſcendi, quaſi vocatos in res diverſas.

II. Quia id mens teſtatoris ſuadet; videtur enim teſtator compendium orationis quæſiviſſe potius, quam eos conjungere voluiſſe ob Jus accreſcendi, ut manifeſtum fit ex *l. ſi ita quis heredes*, *ff. de hered. inſtit.* ubi teſtator ſcripſit, Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes ſunto; & Pomponius ait, non eſſe inter eos Jus accreſcendi, quamvis conjuncti verbis ſint, *Quia* (ut verba ejus ſunt) *non tam conjunxiſſe, quam celerius dixiſſe videatur.*

III. Non eſſe Jus accreſcendi inter verbis tantum conjunctos, argumento eſt *§. ſi ead. Inſtitutionibus de legatis*, ubi de verbis tantum conjunctis nihil dicit. Ergo habuit eos pro alienis. Idem conſtat ex *l. un. §. ubi autem legatariis, C. de caduc. toll.*

IV. Quia id ſuadent verba teſtatoris, qui verbis conjunctis legavit partes. Ergo non eſt alteri dandum totum; nam abſurdum eſt plus cuiquam tribui, quam dixit teſtator, *l. facta, §. ſi ſub conditione, ff. ad Trebell.*

Neque huic ſententiæ repugnat l. textus in *d. l. ſi duob. §. ult.* ubi ſi tibi & poſtumis æquis partibus legatum ſit, poſtumo non nato, totum tibi acquiritur. Reſpondetur enim ſpecialem eſſe caſum in poſtumo, qui non facit partem, niſi natus ſit: unde eo non nato, totum ad collegatarium pertinet, quaſi ab initio ſolido ei relicto, ut expreſſe dicitur in *d. l. quidam, §. ult. cum duobus ſeqq. ff. de reb. dub.* Et ratio eſt, quia partes poſtumis relictæ incertæ ſunt, ob incertum eorundem numerum, qui naſci poſſunt; nam uno nato pars virilis erit ſemis, duobus natis triens, tribus vero quadrans, *l. utrum, in princ. ff. cit. tit.* Et propter hanc incertudinem non poſſunt cenſeri partes in teſtamento factæ, & nullo nato nulla pars erit. Unde conjunctus quaſi ſolidum habens, totum vindicabit. Ita Bellonus *loc. cit. num.*75.

Sed quia textus in *d. l. ſi duobus*, *§. ult.* id ipſum tradens de conjunctis re & verbis, nempe ſi dictum ſit, Titio & poſthumis do lego, videtur de indubitabili agere; ait enim, poſtumo non nato, totum a Titio vindicari; de qua re nullum dubium eſſe poterat, cum certum ſit inter conjunctos re & verbis eſſe Jus accreſcendi. Propterea ſciendum eſt, in hac ſpecie rationem dubitandi fuiſſe, quia aliquando, qui partem non capit,

f.

Digitized by Google

facit etiam partem, ſeu quod pro non ſcripto eſt, obſtat Juri accreſcendi. Finge, quidam legavit conjunctim eandem rem Titio,& ſervo proprio ſine libertate; licet pro non ſcripto ſit legatum ſervo proprio abſque libertate relictum, *l.3. ff.de his, quæ pro non ſcriptis*, tamen Titius totum non vindicabit, *l.plane ubi §.ſi conjunctim*, *lib.1*. Et ſic ſervus, qui non capit partem,facit partem. Ita quoque ſi quis legat mihi & Titio ſervum meum conjunctim, pro mea parte pro non ſcripto eſt,& nihilominus Titius non feret, niſi partem : & quod pro non ſcripto eſt, obſtat Juri accreſcendi; *l.hujuſmodi, §.ſi Titio, & Mævio, ff.cit.tit.* vide alios apud Accurſium in *l.hujuſmodi*, *§.ſi Titio*, *ff.de leg.1*. Eodem modo videbatur dicendum de legato facto Titio, & poſtumis, ut poſtumus, qui non naſcitur, quamvis partem non capiat, faciat tamen partem.

In contrarium tamen reſpondet Pomponius, poſtumo non nato, totum a Titio vindicari. Relicta ratione diſcriminis, quam in *d.§.ult.* tradit Cujacius, dicimus ideo poſtumum non natum nec capere, nec facere partem, quia, ut notavimus, pars eſt incerta, minor pluribus natis, major uno nato,& conſequenter nulla nullo nato. Non ita eſt in *d.l.plane, §.conjunctim*, & in *d.l.hujuſmodi, §.ſi Titio & Mævio*, in quibus pars certa eſt, & propterea qui non capit partem, facit partem.

Neque repugnat II. textus in *l.Mævio, in princ.lib.2.* quippe ibi legatarii non ſunt verbis conjuncti, cum non ſit inter eos nominum, ſed clauſularum complexus; ideo nihilominus locum habet Jus accreſcendi, quia ſunt re conjuncti, quam conjunctionem facit adjectio Tertii. Nam cum teſtator dicit, Primo partem fundi dimidiam, Secundo partem dimidiam lego, Tertio fundum lego; Primo & Secundo non eſt legata niſi una dimidia, ſeu ſemis fundi, in quo ſemiſſe re conjuncti ſunt,idque propter adjectionem Tertii,cui totus fundus legatus eſt,ſed ex concurſu alterum ſemiſſem capiet. Habetur ergo tanquam ſi teſtator dixiſſet, Primo partem dimidiam fundi, Secundo eandem dimidiam lego, Tertio fundum lego. Quod ſi Tertius non fuiſſet adjectus, Primus eſſet vocatus ad unum ſemiſſem, Secundus ad alterum: & ſic nec re, nec verbis eſſent conjuncti.

Itaque Secundo decedente, pars ejus,hoc eſt quarta, accreſcet Primo & Tertio, qui illi re conjuncti ſunt: & accreſcet non æquis partibus, ſed pro portione legati, ut Tertius capiat duplum ejus, quod capiet Primus, *d.l.Mævio*. Ceterum ſi non ſolum deficiat Secundus, ſed etiam Tertius, non habebit Primus Jus accreſcendi, niſi uſque ad dimidiam, quam ei teſtator reliquerat : quia reſpectu alterius dimidiæ, nec cum Secundo, nec cum Tertio conjunctus dici poteſt, ſed omnimodo disjunctus. Quamobrem remanebit ea in hereditate. Ita eleganter Cujac.24. *obſ*.35. & in *l.un. §.his ita definitis*, *C.de caduc.toll.*

Quod attinet ad eos, qui diſtinguunt inter proprietatem, & uſumfructum, ut in illa ſit Jus accreſcendi, non ita in iſto, ſi legatarii ſint verbis conjuncti, rejiciuntur ab Ulpiano, qui in *l.1.§.interdum, ff.de uſufructu*

fructu

Digitized by Google

fructu accreſc. conſiderat rationem concurſus in uſufructu ad exemplum proprietatis, in illis verbis: *Concurſu partes habemus, quod & in proprietate contingeret*; quocirca ut in uſufructu non eſt Jus accreſcendi ob nominum complexum, ita nec in proprietate. Nec facit, in proprietate partem parti, ut in alluvione, accreſcere; nam id verum eſt, ſi partes diſtinctæ non ſint; quippe partes diſtinctæ ut diverſæ res habentur, *d.l.pen. ff.de uſufr.accr.*

Ceterum ex ſupradictis videtur colligi poſſe, legatarios verbis conjunctos non gaudere Jure accreſcendi, niſi verborum conjunctio pro duplici conjunctione habeatur: quod tunc demum accidit, cum adjicitur Tertius; nam ut disjuncti, ita etiam verbis conjuncti, ea Tertii adjectione fient conjuncti re: quo caſu verbis conjunctus non ſolum habet Jus accreſcendi, ſed etiam Jus prælationis, ut eſt intelligendus noſter textus, & dicemus infra.

Utrum Jus accreſcendi tranſeat in emtorem legati.

Quæstio III.

Nullum verſatur dubium in legato uſusfructus, qui duobus ſimul relictus ſit; nam ſi poſtquam alter partem ſuam vendiderit, alter deficiat, ejus pars non accreſcit emtori, ſed venditori; quia portio uſusfructus non accreſcit portioni, ſed perſonæ, ſcilicet ei, cui teſtator conjunctim cum alio reliquit, *l.ſi Titio*, §.1. *ff.de uſufr.* Eo præſertim, quia uſusfructus cum venditur, in emtorem tranſit ſolum fructus naturalis perceptio, Jure apud venditorem remanente, *l.arboribus,§.uſufructuarius, ff.de uſufructu*. Quæſtio itaque non eſt de Jure accreſcendi perſonali, ut in uſufructu, ſed tantum de reali, ut in ceteris rebus.

Ponamus ergo, unum ex legatariis conjunctis vendere ſuam partem legati, deinde ſocium deficere. Et Cujacius hic,& 12. *obſerv.*13. ſingulariter putavit, partem vacantem non emtori, ſed venditori accreſcere debere. Et movetur ex pluribus. I. Quia ſicuti Jus accreſcendi non tribuit plus, quam teſtator dari voluit, ita non tribuit partem legati alii, quam cui teſtator dari voluit. Sed teſtator dari voluit venditori, non etiam emtori, qui illi fuit incognitus. Ergo Jus accreſcendi partem vacantem legatarii deficientis tribuet non emtori, ſed venditori. II. Quia portio legati vacans non accreſcit, niſi ei, qui ſit cum deficiente conjunctus, id eſt ſocio, *l.& Proculo*, *lib.*2. Sed deficienti eſt tantummodo conjunctus venditor, non emtor. Ergo illi, & non iſti debet accreſcere. III. Quia in venditione legati id tantum venire intelligitur, quod tempore contractus venditori competit, *l.2. §.1. verſic.plerumque, ff. de hereditate vendita.*

dita. Cum itaque tempore venditionis non pertinuerit ad venditorem, niſi portio ipſi principaliter relicta; inde fit, hanc tantum in venditione venire, non etiam portionem, quæ deinde deficit, & de qua nihil eſt cogitatum; quippe abſurdum eſt, in contractu venire ea, de quibus cogitatum non eſt, *l.cum Aquiliana, ff.de tranſactionibus*, ne actus operetur ultra intentionem agentis, *l.non omnis, ff.ſi certum petatur.*

Itaque audiendi non ſunt, qui poſt Bartolum, & Alciatum hic, in contrarium docent, portionem legati vacantem accreſcere emtori. Sequitur Duarenus 2.*de Jure accreſc.*6. & Bellonus *cap.*6. *quæſt.*67. *num.*14. qui id intelligunt de quocunque alio ſingulari ſucceſſore, donatario, ceſſionario, & ſimili. Moventur ex eo, quia id quodcumque collegatario acquiritur Jure accreſcendi, intelligitur ejus eſſe, non ex die repudiationis, ſed ex die mortis teſtatoris, vel ſaltem ex die agnitionis, tanquam ſi ei ſoli legatum eſſet. Unde ſi conjunctim duobus legetur Stichus, & alter eorum Stichum injuria occiſum repudiet, alter ſolus ex lege Aquilia agere poteſt, tanquam ſi ab initio integrum ejus dominium habuiſſet: nempe retro accreviſſe dominium ei videtur, *l.ſi Dominus, l.Titio & Sejo, cum duobus ſeqq. ff.ad l.Aquiliam*; non enim legis Aquiliæ actio, niſi Domino, conceditur; nam ait Celſus, legem Domino damna ſalva eſſe voluiſſe, *l.liber homo* 13.*ff.cit.tit.* Quocirca portio, quæ poſt venditionem legati accrevit, videtur ſaltem ficte fuiſſe venditoris tempore contractus. Ex quo fit, portionem eam ad emtorem, non ad venditorem pertinere; quia vendita aliqua re, cenſetur venditum id omne, quod illius occaſione ſpectabat ad venditorem tempore contractus, *l.*2. *§.*1. *verſ.plerumque, ff.de hereditate vendita*.

Hæc tamen ratio nihil urget. Nam dupliciter venditio celebrari poteſt. I. Specialiter, vendo partem meam legati. II Generaliter, vendo quidquid mihi ex tali legato pervenerit. Et in hoc poſteriori caſu intelligitur venditum quidquid occaſione ejus rei ſpectabat ad venditorem. Et *ita* procedit textus in *d. l.*2. *§.*1. ubi agitur de eo, qui vendidit, quod ſibi ex hereditate pervenit; nam emtor hereditatis ita ſtipulatur, Quæ pecunia ad te de Lucii Titii hereditate pervenerit, eam dari? Quæ venditio, quia generalis, ex mente contrahentium ſtatutum eſt, reſtituendum emtori non ſolum, quod jam pervenit tempore contractus, ſed & quod quandocumque pervenerit, *d.l.*2. *§.non tantum.*

De prælatione inter conjunctos.

NUnc poſtremam noſtri textus partem aggrediemur, ubi Paulus non de Jure accreſcendi, ſed de prælatione agit; inter quæ duo illud diſtat, quod Jus accreſcendi poteſt locum habere inter duos, quorum alter de-

deficiat: at vero prælatio non niſi inter tres, aut plures tribus eſt, ut uno deficiente, inſpici queat quiſnam ex reliquis ad partem deficientem veniat. Quoniam vero triplex conjunctionis ſpecies eſt, propterea Paulus de omnibus agens, dividit textum in tres partes. Prima ibi: *Præfertur*. Secunda ibi: *Quod ſi.* Tertia ibi: *Si vero.*

In prima igitur parte ait, præferri omnino ceteris, qui re & verbis conjunctus ſit. Finge, teſtator ita dixit: Primo & Secundo fundum Sempronianum do lego, Tertio eundem fundum do lego. Deficiente Primo, ſoli accreſcit Secundo, non Tertio, quia Secundus eſt conjunctus Primo re & verbis, cum Tertius ſit tantum conjunctus re, *l.1. §.idem ait, ff.de uſufr.accr. l.Sempronius, §.ult. ff.de uſufr.legato.* Ratio in promtu eſt ex regula duplicis vinculi, quod fortius ſtringit, *auth.itaque, C.communia de ſucceſſionibus.*

Accidit tamen quandoque, ut eorum, qui re & verbis conjuncti ſunt, unus alteri præferatur, ſcilicet qui in unam portionem cum deficiente vocatus eſt. Quod tribus exemplis explicatur. Nam I. ſi quidam collective vocentur, alii copulative, in portione collective vocati præfertur ceteris, qui eidem collective conjunctus eſt. Exemplum eſto, Titio, Sejo, & agnatis meis do lego fundum Tuſculanum; uno ex agnatis deficiente, accreſcit ejus portio ceteris agnatis, excluſo Titio, & Sejo. Nempe, quia collective vocati unum corpus conſtituunt, & pro una perſona cenſentur, ex *l.ſi nepotes, ff.de coll.bonorum*; quare in unam portionem veniunt, hoc eſt, in exemplo propoſito in unum trientem, *l.interdum, in princ. ff.de hered.inſtit. l.ſi quis Attio, ff.de uſufr.accr.* Ita Bartolus, Jaſon, Alciatus, & alii hic, Duarenus 2. *de Jure accr.*9. Cujacius in *l.ſi duobus, lib.*1. Itaque licet nulla major ſit conjunctio, quam miſta; miſtarum tamen una magis ſtringit, quam alia, hoc eſt, magis ea, ubi eſt collectio, quam ubi eſt copulatio.

II. Si teſtator ita ſcribat, Primus & Secundus ex ſemiſſe heredes ſunto: Ex qua parte Primum inſtitui, ex eadem Tertius heres eſto. In quo exemplo unus ſemis relictus eſt Primo & Secundo, alter Tertio; & non ſolum Primus & Secundus, ſed etiam Primus & Tertius re & verbis conjuncti ſunt, *d.l.triplici*, *§.ult.* Si tamen Primus deficiat, præfertur Tertius Secundo, quia Tertius cenſetur tanquam in unam portionem coactus cum Primo, *d.§.ult.* & propterea illi magis conjunctus eſt, quam Secundus, Baldus in *l.un. num.*24. *C. quando non petentium partes*, Bellonus *cap.*5. *quæſt.*24.

III. Si teſtator ſcribat, Titius una cum filiis ſuis, & Sempronius mihi heredes ſunto, ut in *l.un. verſ.alia, C.de impuberum, & aliis.* Quamvis omnes miſtim conjuncti ſint, quia tamen Titius & filii in unum ſemiſſem vocantur, & propterea ſunt inter ſe magis conjuncti, quam cum Sempronio; inde fit, ut ſi unus eorum deficiat, ceteri præferantur Sempronio, Peregrinus *conſ.*27. *num.*11. *vol.*2.

In altera parte noſtri textus ait Paulus: *Si re tantum conjunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*. Quæ verba varie a DD. accipiuntur, aliis conferentibus cum eo, qui re & verbis conjunctus eſt, quibuſdam cum eo, qui etiam re conjunctus ſit, & tandem nonnullis cum conjuncto verbis tantum, ut videre eſt apud Accurſium hic.

Sed ceteris omiſſis, placet ut dicamus, Paulum docere, re tantummodo conjunctum non eſſe potiorem aliis, qui aut verbis tantum, aut re & verbis conjuncti ſunt, non quidem cum deficiente, ſed inter ſe. Et ut omnes caſus ſimul uno exemplo comprehendamus, finge, Primo & Secundo fundum Sejanum do lego, Tertio eundem lego, Quarto eundem lego, Quinto & Sexto, æquis partibus eundem do lego. In quo exemplo fient tantum quatuor partes, quia Primus & Secundus habentur pro uno, Quintus & Sextus pro uno, *l.un. §.hoc ita, C.de caduc.toll. l.plane, in princ. lib.*1. Si Tertius deficiat, Quartus, qui cum eo re conjunctus eſt, non præfertur Primo & Secundo conjunctis re & verbis, nec Quinto & Sexto conjunctis verbis tantum; ſed cum his omnibus ad vacantem portionem admittetur, quia omnes reſpectu deficientis ſunt re conjuncti, Hotomannus *qq.illuſtr.*44. Cujacius 24. *obſ.*34. Goveanus *in hoc tract. num.*9. & alii apud Bellonum *cap.*5. *q:*46. *num.*38. *& ſeq.*

E diverſo in eodem exemplo, ſi deficit Primus, accreſcit ſoli Secundo, quia ut in prima parte noſtri textus, conjunctus re & verbis præfertur ceteris conjunctis re tantum. At deficiente Quinto, cui accreſcat, dubitatur. Putat Cujacius hic, verius eſſe accreſcere ſoli Sexto, quaſi videatur teſtator eos non fruſtra conjunxiſſe; ut non verbis tantum, ſed etiam re conjunctus habeatur; prorſus ut conjunctio verbalis ſit pro conjunctione duplici, ut colligitur ex *d.l.un. §.hoc ita*, ubi Quintus & Sextus pro uno judicantur. Sed hæc obiter.

In ultima parte Paulus, tanquam Sibyllæ hæc verba profert: *Si vero verbis quidem conjunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an conjunctus potior ſit. Et magis eſt, ut & ipſe præferatur.* In quibus explicandis variæ ſunt DD.conjecturæ, ſeu potius divinationes.

Rogerius enim hic opinatus eſt, Paulum, cum ait, *An conjunctus potior ſit*, loqui de conjuncto rè, & docere eum præferri conjuncto verbis. Quæ ſententia probari non poteſt, quia verbum *conjunctus* refertur ad proxima, nimirum ad verbis conjunctum, non etiam ad remota, ſeu ad conjunctum re, qui eſt in antecedenti oratione. Ex quibus multo magis rejicitur ſententia Azonis in *ſumma*, *C. de caduc. toll.* qui conjunctum accepit pro re & verbis conjuncto, ut etiam Joannes, & Accurſius docuit.

Verior itaque eſt ſententia Hugonis, qui conjunctum interpretatus eſt de conjuncto verbis, ut iſte præferatur conjuncto re; ut aperte videntur ſuadere verba Pauli, qui quæſtionem de conjuncto verbis proponit. Suadet etiam totius legis contextus; nam cum primo quæſiviſſet de conjuncto

re

re & verbis, ſecundo de conjuncto re, utique reliquum erat, ut quæreret de conjuncto verbis. Hanc ſententiam amplectuntur communiter Recentiores poſt Goveanum in *animadverſ. cap.6.* ubi revocat, quod prius in *tract. de Jure accr.* ſcripſerat, ſequutus Rogerii opinionem. Sed omnium optime explicat Antonius Faber *dec.49.err.7.* qui fatetur ſe ad hujus textus intelligentiam perveniſſe ex mirabili felicique ingenio Antonii Goveani. Notat ergo, prælationem in præſenti ſpecie non oriri ex eo, quod quis ſimpliciter verbis conjunctus ſit, ſed ex eo, quod conjunctioni verbali accedat conjunctio rei, non quidem ab initio, ſed ex poſt facto; ita ut inſpecta prima diſpoſitione teſtatoris, ſit verbis conjunctus, inſpecto exitu, ſit conjunctus re & verbis, quæ conjunctio reſultat ex adjectione Tertii. Hic ergo ita conjunctus præfertur ei, qui conjunctus eſt re tantum.

Exemplo res tota intelligetur. Finge, Primo & Secundo fundum illum æquis partibus do lego, eundem fundum Tertio do lego. Si Primus deficit, ad partem vacantem concurrunt Secundus, qui Primo verbis conjunctus eſt, & Tertius, qui eidem Primo conjunctus eſt re. Ex his Secundus Tertio præfertur. Nempe, quia etſi Secundus in prima diſpoſitione teſtatoris ſit conjunctus Primo verbis tantum, deinde tamen ob adjectionem Tertii evadit eidem Primo conjunctus etiam re. Hoc autem fit ex Juris neceſſitate, quoniam qui ab initio ſingulos ſemiſſes ferebant, adjecto Tertio in unum ſemiſſem coguntur. Ita in *l. Mævio, in princ. lib.2.* legatarii, qui erant disjuncti re & verbis, ex adjectione Tertii fiunt conjuncti re. Quoniam ergo Primus & Secundus, tanquam in unam portionem coacti, habentur pro una perſona, & efficiuntur conjuncti non ſolum verbis, ut erant initio, ſed etiam re, ut apparet in exitu, ideo deficiente Primo, in portione vacante præfertur Secundus Tertio, qui eidem Primo eſt conjunctus re tantum, ex regula duplicis vinculi. Hæc eſt vera ſententia Pauli.

Ad *l. in quartam 90. ff. ad l. Falcidiam.*

Quoniam lex eſt humanarum actionum moderatrix ſuprema, ideo nil mirum, ſi variis temporibus variæ latæ ſunt leges, quæ actionibus noſtris modum impoſuere. Donationes cohibuit lex Cincia: Dotes moderata eſt lex Papia: Manumiſſiones infrænavit lex Caninia: eadem de cauſa effræni licentiæ legandi obviam ivere leges Conſulares duæ, lex Furia primum, inde lex Voconia, ad extremum occurrit lex Tribunitia, quam a plebe rogavit *P.* ſeu *C.* Falcidius Tribunus plebis A. ab U. C. 711. ut numerat Antonius Contius in *Faſtis Conſul.*

Legis Falcidiæ duo tantum capita proponuntur in *l.1. ff. eod.* Primum

mum caput dat liberam facultatem Civibus Romanis legandi, quibuſque legare volent, idque propter legem Furiam, quæ de pecunia ſua erogare teſtatorem in ſingulos non permittebat, ultra mille æris præter exceptas perſonas, Ulpianus in *lib. regul. tit.1. §.quæ probibet* : *Lex Furia teſtamentaria, quæ plus, quam mille aſſium legatum mortisve cauſa probibet capere, præter exceptas perſonas: & adverſus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam conſtituit*; & propter legem Voconiam, quæ fœminis hereditates legataque relicta mirum in modum coercebat, ne diteſcerent nimis, & ex opulentia ſuperbirent nimis. Sed Lex Falcidia concedit liberam poteſtatem legandi quibuſcunque, non diſtinguendo mares a fœminis. Secundo capite Legis Falcidiæ conſtituitur modus legatorum, ut hæc non poſſint onerare hereditatem ultra dodrantem. Itaque ut leges Furia, & Voconia præfiniebant, quantum ſinguli capere poſſent, ita lex Falcidia quantum univerſi.

Verum in filiis aucto legitimæ modo, auctus quoque Falcidiæ modus eſt. Hodie namque uti legitima triens, vel ſemis eſt, pro numero filiorum, ita & Falcidiam trientem, vel ſemiſſem eſſe, teſtatur D.Hieronymus in *Chronico*, & Juſtinianus in *Novella de heredibus, & Falcidia in princ. ſecundæ partis*. Scribit enim τὸ τρίτον, ἢ τὸ ἥμισυ Falcidiam eſſe, *id eſt tertiam, vel quartam partem*. Neque eſt, quod quiſquam dicat, Græcos veteres Codices habere τὸ τέταρτον, *quartam*: neceſſe enim eſt, utramque quartam ad eundem modum auctam eſſe. Quare & legitima quandoque ſub Falcidiæ nomine venit, *l.quæ nuper, C.de inoff. teſt. l.quisquis, §. . . . , C.ad l Jul.Majeſt.* Ita Goveanus 1. *variar.lect.*1.

Sed fuere etiam alia legis Falcidiæ capita, quæ Cujacius ad *tit* 49. *C. lib.6.* miratur non adnotari. I. Ut dos prælegata uxori, quia hæc rem ſuam recipit, ſit extra rationem legis Falcidiæ; item ea, quæ uxoris cauſa emta, comparata eſſent. Quod nominatim fuiſſe cautum lege Falcidia, conſtat ex *l.uſusfruct. ff. eod.* II. Ut in ponenda ratione legis Falcidiæ in primis deducatur æs alienum hereditatis, ut etiam deducenda ſunt pretia ſervorum, qui in teſtamento libertatem meruere, *l.ſucceſſores, ff.eod.*

Multo poſt lex Falcidia ex conſtitutione Severi porrecta eſt ad donationes cauſa mortis; ex conſtitutione D.Pii ad fideicommiſſa relicta ab inteſtato, ut mox dicemus; ex Senatuſconſulto Pegaſiano porrecta eſt etiam ad fideicommiſſa univerſalia, ut ſcilicet heres, qui reſtituere rogatus eſt, non niſi dodrantem reſtituat, retento ſibi quadrante, quæ vulgo quarta Trebellianica nuncupatur. Plurimum tamen inter utramque quartam diſtat; nam aliud heres ſibi in Falcidiam imputat, aliud in Trebellianicam, quod docet Martianus hic; cujus textus propterea ad tria ſumma capita reducitur. In primo de imputatione Falcidiæ agitur, in principio. In ſecundo de imputatione Trebellianicæ, ibi: *Sed in fideicommiſſaria*. In tertio iterum ad Falcidiam regreditur, ibi: *Si quid vero*.

In prima ergo parte Martianus hanc propoſitionem ſtatuit: Heres le-

Digitized by Google

legatis ultra dodrantem gravatus, in Falcidiam imputat ea tantum, quæ capit Jure hereditario, non quæ alio Jure capit. Ratio manifeſta eſt, quia Falcidia eſt quarta hereditatis, & Jure hereditario capitur, *l.pater filiam, in princ. ff.eod.*

Ex qua propoſitione plura Martianus deducit. I. Quæ heres Jure legati, vel fideicommiſſi capit, non imputari in Falcidiam, ut eſt, cum duobus heredibus inſtitutis, uni teſtator prælegat fundum, vel rogat, ut eidem per fideicommiſſum a coherede reſtituatur. Ubi notandum, non totum legatum extra imputationem eſſe, ſed medietatem dumtaxat; nam fundi prælegati partem a ſe ipſo capit, quaſi heres, partem a coherede, ut legatarius, *l.Titia cum teſtam. §.1. ff.de leg.2.* propterea Jure merito medietatem non imputabit, eam ſcilicet, quam ut legatarius accipit; imputabit vero medietatem alteram, quam Jure hereditario capit. Hæc eadem intelligas in fideicommiſſo; etſi enim lex Falcidia de legatis tantum in teſtamento relictis fuerit locuta, quia nondum fideicommiſſa in uſu erant; tamen poſtea admiſſis fideicommiſſis & Jure codicillorum, ad ea etiam ex Senatuſconſulto Pegaſiano porrecta eſt, *§.ſed quia heredes, Inſtitutionibus de fideicomm.hered.* ſicuti ex conſtitutione Severi porrecta eſt ad donationes cauſa mortis, *l.5.ff.eod. l.2.ff.de donationibus cauſa mortis*. Et conſequenter lex Falcidia pertinet ad donationes factas inter virum & uxorem, quia inſtar habentur fideicommiſſi, vel donationis cauſa mortis, & morte ſola confirmantur, *l.12. ff.eod.*

Itaque coheres medietatem legati, aut fideicommiſſi, imputat in Falcidiam. Exemplum eſto: teſtator mille & ducenta in ære habens, duos inſtituit heredes, quorum ſecundo prælegat fundum centum. Quoniam iſte ſemiſſarius heres eſt, habebit ſexcenta, & ejus quarta Falcidia eſt centum quinquaginta. Sed jam quinquaginta habet ex fundo ſibi prælegato; quare poteſt ejus portio legatis onerari uſque ad quingenta; ita enim habebit quartam, & præterea quinquaginta alia ex altera medietate fundi, quam capit Jure legati. Non ita eſt de primo herede, qui, præter fundum prælegatum, non poteſt onerari, niſi ad tercentum quinquaginta, ut patet.

Ex dictis intelligimus textum in *l.a filio, ff.de leg.1.* ubi ſi filiusfamilias juſſu patris adeat hereditatem, legatum patri relictum, imputatur ei in Falcidiam; hoc enim caſu cum hereditas patri quæratur, pater, quod ei relictum eſt, non accipit Jure legati, quoniam id Jus conſumitur per acquiſitionem hereditatis, ſed capit quaſi hereditario Jure; igitur imputat in Falcidiam. Oppoſitum tamen videtur dici in *l.ſi a ſervo, ff.hoc tit.* ubi acquiſita per filium hereditate, quia juſſit pater filium adire, legatum patri factum evanuit. Lex ait, *id legatum patri non imputari in Falcidiam, quia non debetur.*

Reſpondet Cujacius in *d.l.a filio*, Imputari in Falcidiam dupliciter accipi. Uno modo, cum numeratur inter ea, quæ minuuntur per Falcidiam,

diam, ut in *l.* 1. *§.item ſi ita* , & in *l.ſi a me tibi, ff.eod.* Et ita accipitur in *d.l.ſi a ſervo*, cum dicitur legatum a filio relictum non imputari in Falcidiam , hoc eſt , Falcidiam non ſubire , quia legatum inutile eſt , ſeu non debetur. Altero modo imputari dicitur id, quod numeratur inter ea, quæ explent quartam Falcidiam , & ita venit in *d.l.a filio* . Notandum tamen ex Juſtiniani conſtitutione in *l.cum oportet* , *C. de bonis* , *quæ liber.* hoc eſſe aliquatenus mutatum;quia enim voluit,adventitiam hereditatem non acquiri patri Jure proprietatis , ſed ſolum in quantum ad uſumfructum; propterea pater non fit heres per filium ; unde fit, ut legatum ei relictum a filio , non reddatur inutile , & ſemper ſubjiciatur Falcidiæ.

II. Martianus deducit , id , quod implendæ conditionis cauſa heres accipit , in quartam Falcidiæ non imputari ; ut ſi legetur fundus Titio ſub conditione, ſi heredi decem dederit. Illa decem legatarius ſolvit conditionis implendæ cauſa , & heres non accipit nec Jure legati , nec fideicommiſſi, ſed generali titulo dicitur accipere mortis cauſa , hoc eſt, occaſione mortis teſtatoris. Quia ergo non capit Jure hereditario, ideo in Falcidiam non imputatur.

Illud notandum eſt , ſi heres ultra dodrantem oneratus ſit , totum fundum legatum ſubjici Falcidiæ , non deducto eo , quod legatarius dedit conditionis implendæ cauſa, ut infra dicemus.

Ita e diverſo , ſi heres ſit inſtitutus ſub conditione, ſi dederit Titio decem , hæc Titius capiet non legati Jure, aut fideicommiſſi , ſed mortis cauſa capionis, ex qua non ſubducitur Falcidia, *l.item ſi legatum* , *l.exceptis, ff.eodem.* Excepto caſu *l.pen. ff.cit.tit.* quoties is , qui quadringenta habet in bonis , heredem inſtituit ſub conditione , ſi dederit Titio 350. hoc eſt , pene hereditatem totam : quod manifeſtum eſt, eum adſcripſiſſe ſtudio fraudandæ legis Falcidiæ, ne heres haberet quadrantem integrum: quod ſtudium olim improbabatur, *l.Sejus, ff.eod.* nondum enim lata erat Juſtiniani Novella , qua poteſt teſtator jubere , ne lex Falcidia in ſuo teſtamento locum habeat , *auth.de heredib.& Falcidia.*

Eſt hic animadvertendum, legata ſive ab initio inutilia, ſive caduca, acquiri heredi Jure hereditario, proinde quartam explere. Unde Papinianus in *l.* 11. *in princ.* ait, in ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputari, ubi vide Cujacium in *§.ſi ſervus* 1. & 4. Quocirca partus ancillarum ante diem fideicommiſſi editi , ad heredem pertinent , utpote dominum Quiritarium , ſed in quartam, & quartæ fructus imputantur , *l.*24. *ff. eod.* Sed hæc ad quartam Trebellianicam.

In ſecunda parte Martianus ſermonem inſtituit de quarta Trebellianica, & propoſitionem ſtatuit priori contrariam ; ait enim : *In fideicommiſſaria hereditate reſtituenda , ſive legatum , ſive fideicommiſſum datum eſt heredi , ſive præcipere, vel deducere , vel retinere juſſus eſt , in quartam id ei imputetur.* Ubi *præcipere, deducere* , & *retinere* ad legatum

per-

pertinent, *l.3. §.cum Pollidius, ff.de uſur.* Quocirca videtur addendum in textu, *ſive accipere Juſſus eſt*; nam accipiendi verbum eſt fideicommiſſi, *l. fideicommiſſa, §.cum eſſet, ff. de leg.3.* Ratio diſparitatis inter utramque regulam eſt, quia, ut diximus, Falcidia deſumitur Jure hereditario, & eſt quarta hereditatis; at Trebellianica eſt quarta fideicommiſſi, & Jure fideicommiſſario retinetur;quare recte in eam imputantur,quæ ſumuntur quoquo modo ex bonis reſtitutioni, ſeu fideicommiſſo ſubjectis, ſive quæcumque fideicommiſſum minuunt,ut ſunt legata,& fideicommiſſa heredi gravato relicta.

Huic propoſitioni unam reſtrictionem,& duas ampliationes Martianus ſubjicit.

Reſtrictio eſt in illis verbis: *Pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id eſt,quod a coherede accipitur.* Quæ verba non uno modo a DD. explicantur.Accurſius,quem Doctores communiter ſequuntur, trahit ad id, quod ſupra dicebamus, prælegatum pro parte, quam quis a coherede accipit, in Falcidiam non imputari; pro alia vero parte, quam capit a ſe ipſo,imputari: ſcilicet, ut id locum habeat, etiam in Trebellianica; nam ſi coheredi,qui fideicommiſſo gravatus eſt,quidpiam prælegetur, quod corpus, ſive ſpecies ſit, extra Trebellianicam eſſe cenſetur ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, non etiam altera, quam gravatus a ſe ipſo capit. Quæ explicatio nullo modo recipi poteſt; non enim eadem eſt ratio Falcidiæ, & Trebellianicæ; nam in quartam Trebellianicam, ſi imputatur legatum, ut noſter textus ait, utique imputari omnino debet etiam ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, cum Jure legati accipiatur. Diverſa ratio in Falcidia eſt, ubi extra quartam legata ſunt, & propterea extra eandem quoque erit prælegati portio, quæ Jure legati a coherede venit.

Rectius ergo Cujacius in *l.non amplius, ff. de leg.1.* prædicta verba non de prælegato capit, quod ſolvitur ex bonis teſtatoris, ſed de legato, quod ſumitur ex bonis coheredis, veluti ſi dictum ſit, ut coheres equum ſuum coheredi gravato præſtet; hic equus retinebitur a gravato extra quartam. Ratio ea videtur eſſe, quia in Trebellianicam imputantur, quæ ſumuntur quoquo modo ex bonis reſtitutioni, id eſt, fideicommiſſo ſubjectis, non ex aliis; hic vero equus, quia præſtatur ex bonis propriis coheredis, utique eſt extra bona fideicommiſſo ſubjecta; quare erit etiam extra Trebellianicam.Non ita eſt de prælegato,quod ex bonis teſtatoris deſumitur, & aliquo modo videtur fideicommiſſo ſubjectum, quatenus eſt apud heredem gravatum ex bonis defuncti.

Ceterum licet poſtrema verba, *Quod a coherede accipitur*, videantur ſuperflua, cum ſatis ſint priora illa, *Quam accipit a coherede*; tamen hæc geminatio & conduplicatio ſit dubitationis tollendæ gratia, ut alibi Ulpianus in *l.1. §.ſed ſciendum, ff.de ædil.edicto. Ego puto*, inquit, *ædiles tollendæ dubitationis gratia bis dixiſſe,ne qua dubitatio ſupereſſet*, Coraſ.2. *miſc.*17.

Digitized by Google

deficiat: at vero prælatio non niſi inter tres, aut plures tribus eſt, ut uno deficiente, inſpici queat quiſnam ex reliquis ad partem deficientem veniat. Quoniam vero triplex conjunctionis ſpecies eſt, propterea Paulus de omnibus agens, dividit textum in tres partes. Prima ibi: *Præfertur*. Secunda ibi: *Quod ſi*. Tertia ibi: *Si vero*.

In prima igitur parte ait, præferri omnino ceteris, qui re & verbis conjunctus ſit. Finge, teſtator ita dixit: Primo & Secundo fundum Sempronianum do lego, Tertio eundem fundum do lego. Deficiente Primo, ſoli accreſcit Secundo, non Tertio, quia Secundus eſt conjunctus Primo re & verbis, cum Tertius ſit tantum conjunctus re, *l.1. §.idem ait, ff.de uſufr.accr. l.Sempronius, §.ult. ff.de uſufr.legato.* Ratio in promtu eſt ex regula duplicis vinculi, quod fortius ſtringit, *auth.itaque, C.communia de ſucceſſionibus.*

Accidit tamen quandoque, ut eorum, qui re & verbis conjuncti ſunt, unus alteri præferatur, ſcilicet qui in unam portionem cum deficiente vocatus eſt. Quod tribus exemplis explicatur. Nam I. ſi quidam collective vocentur, alii copulative, in portione collective vocati præfertur ceteris, qui eidem collective conjunctus eſt. Exemplum eſto, Titio, Sejo, & agnatis meis do lego fundum Tuſculanum; uno ex agnatis deficiente, accreſcit ejus portio ceteris agnatis, excluſo Titio, & Sejo. Nempe, quia collective vocati unum corpus conſtituunt, & pro una perſona cenſentur, ex *l.ſi nepotes, ff.de coll.bonorum*; quare in unam portionem veniunt, hoc eſt, in exemplo propoſito in unum trientem, *l.interdum, in princ. ff.de hered.inſtit. l.ſi quis Attio, ff.de uſufr.accr.* Ita Bartolus, Jaſon, Alciatus, & alii hic, Duarenus 2. *de Jure accr.* 9. Cujacius in *l.ſi duobus, lib.1.* Itaque licet nulla major ſit conjunctio, quam miſta; miſtarum tamen una magis ſtringit, quam alia, hoc eſt, magis ea, ubi eſt collectio, quam ubi eſt copulatio.

II. Si teſtator ita ſcribat, Primus & Secundus ex ſemiſſe heredes ſunto: Ex qua parte Primum inſtitui, ex eadem Tertius heres eſto. In quo exemplo unus ſemis relictus eſt Primo & Secundo; alter Tertio; & non ſolum Primus & Secundus, ſed etiam Primus & Tertius re & verbis conjuncti ſunt, *d.l.triplici, §.ult.* Si tamen Primus deficiat, præfertur Tertius Secundo, quia Tertius cenſetur tanquam in unam portionem coactus cum Primo, *d.§.ult.* & propterea illi magis conjunctus eſt, quam Secundus, Baldus in *l.un. num.21. C. quando non petentium partes*, Bellonus *cap.5. quæſt.24.*

III. Si teſtator ſcribat, Titius una cum filiis ſuis, & Sempronius mihi heredes ſunto, ut in *l.un. verſ.alia, C.de impuberum, & aliis.* Quamvis omnes miſtim conjuncti ſint, quia tamen Titius & filii in unum ſemiſſem vocantur, & propterea ſunt inter ſe magis conjuncti, quam cum Sempronio; inde fit, ut ſi unus eorum deficiat, ceteri præferantur Sempronio, Peregrinus *conſ.27. num.11. vol.2.*

Digitized by Google

In altera parte noſtri textus ait Paulus : *Si re tantum conjunctus ſit, conſtat non eſſe potiorem*. Quæ verba varie a DD. accipiuntur, aliis conferentibus cum eo, qui re & verbis conjunctus eſt, quibuſdam cum eo, qui etiam re conjunctus ſit, & tandem nonnullis cum conjuncto verbis tantum, ut videre eſt apud Accurſium hic.

Sed ceteris omiſſis, placet ut dicamus, Paulum docere, re tantummodo conjunctum non eſſe potiorem aliis, qui aut verbis tantum, aut re & verbis conjuncti ſunt, non quidem cum deficiente, ſed inter ſe. Et ut omnes caſus ſimul uno exemplo comprehendamus, finge, Primo & Secundo fundum Sejanum do lego, Tertio eundem lego, Quarto eundem lego, Quinto & Sexto, æquis partibus eundem do lego. In quo exemplo fient tantum quatuor partes, quia Primus & Secundus habentur pro uno, Quintus & Sextus pro uno, *l.un. §.hoc ita, C.de caduc.toll. l.plane, in princ. lib.1.* Si Tertius deficiat, Quartus, qui cum eo re conjunctus eſt, non præfertur Primo & Secundo conjunctis re & verbis, nec Quinto & Sexto conjunctis verbis tantum; ſed cum his omnibus ad vacantem portionem admittetur, quia omnes reſpectu deficientis ſunt re conjuncti, Hotomannus *qq.illuſtr.*44. Cujacius 24. *obſ.*34. Goveanus in *hoc tract. num.*9. & alii apud Bellonum *cap.*5. *q.*46. *num.*38. *& ſeq.*

E diverſo in eodem exemplo, ſi deficit Primus, accreſcit ſoli Secundo, quia ut in prima parte noſtri textus, conjunctus re & verbis præfertur ceteris conjunctis re tantum. At deficiente Quinto, cui accreſcat, dubitatur. Putat Cujacius hic, verius eſſe accreſcere ſoli Sexto, quaſi videatur teſtator eos non fruſtra conjunxiſſe; ut non verbis tantum, ſed etiam re conjunctus habeatur, prorſus ut conjunctio verbalis ſit pro conjunctione duplici, ut colligitur ex *d.l.un. §.hoc ita*, ubi Quintus & Sextus pro uno judicantur. Sed hæc obiter.

In ultima parte Paulus, tanquam Sibyllæ hæc verba profert: *Si vero verbis quidem conjunctus ſit, re autem non, quæſtionis eſt, an conjunctus potior ſit. Et magis eſt, ut & ipſe præferatur.* In quibus explicandis variæ ſunt DD. conjecturæ, ſeu potius divinationes.

Rogerius enim hic opinatus eſt, Paulum, cum ait, *An conjunctus potior ſit*, loqui de conjuncto re, & docere eum præferri conjuncto verbis. Quæ ſententia probari non poteſt, quia verbum *conjunctus* refertur ad proxima, nimirum ad verbis conjunctum, non etiam ad remota, ſeu ad conjunctum re, qui eſt in antecedenti oratione. Ex quibus multo magis rejicitur ſententia Azonis in *ſumma*, *C. de caduc. toll.* qui conjunctum accepit pro re & verbis conjuncto, ut etiam Joannes, & Accurſius docuit.

Verior itaque eſt ſententia Hugonis, qui conjunctum interpretatus eſt de conjuncto verbis, ut iſte præferatur conjuncto re; ut aperte videntur ſuadere verba Pauli, qui quæſtionem de conjuncto verbis proponit. Suadet etiam totius legis contextus; nam cum primo quæſiviſſet de conjuncto

re & verbis, ſecundo de conjuncto re, utique reliquum erat, ut quæreret de conjuncto verbis. Hanc ſententiam amplectuntur communiter Recentiores poſt Goveanum in *animadverſ. cap.6.* ubi revocat, quod prius in *tract. de Jure accr.* ſcripſerat, ſequutus Rogerii opinionem. Sed omnium optime explicat Antonius Faber *dec.49.err.7.* qui fatetur ſe ad hujus textus intelligentiam perveniſſe ex mirabili felicique ingenio Antonii Goveani. Notat ergo, prælationem in præſenti ſpecie non oriri ex eo, quod quis ſimpliciter verbis conjunctus ſit, ſed ex eo, quod conjunctioni verbali accedat conjunctio rei, non quidem ab initio, ſed ex poſt facto; ita ut inſpecta prima diſpoſitione teſtatoris, ſit verbis conjunctus, inſpecto exitu, ſit conjunctus re & verbis, quæ conjunctio reſultat ex adjectione Tertii. Hic ergo ita conjunctus præfertur ei, qui conjunctus eſt re tantum.

Exemplo res tota intelligetur. Finge, Primo & Secundo fundum illum æquis partibus do lego, eundem fundum Tertio do lego. Si Primus deficit, ad partem vacantem concurrunt Secundus, qui Primo verbis conjunctus eſt, & Tertius, qui eidem Primo conjunctus eſt re. Ex his Secundus Tertio præfertur. Nempe, quia etſi Secundus in prima diſpoſitione teſtatoris ſit conjunctus Primo verbis tantum, deinde tamen ob adjectionem Tertii evadit eidem Primo conjunctus etiam re. Hoc autem fit ex Juris neceſſitate, quoniam qui ab initio ſingulos ſemiſſes ferebant, adjecto Tertio in unum ſemiſſem coguntur. Ita in *l. Mævio, in princ. lib.2.* legat arii, qui erant disjuncti re & verbis, ex adjectione Tertii fiunt conjuncti re. Quoniam ergo Primus & Secundus, tanquam in unam portionem coacti, habentur pro una perſona, & efficiuntur conjuncti non ſolum verbis, ut erant initio, ſed etiam re, ut apparet in exitu, ideo deficiente Primo, in portione vacante præfertur Secundus Tertio, qui eidem Primo eſt conjunctus re tantum, ex regula duplicis vinculi. Hæc eſt vera ſententia Pauli.

Ad *l. in quartam 90. ff. ad l. Falcidiam.*

QUoniam lex eſt humanarum actionum moderatrix ſuprema, ideo nil mirum, ſi variis temporibus variæ latæ ſunt leges, quæ actionibus noſtris modum impoſuere. Donationes cohibuit lex Cincia: Dotes moderata eſt lex Papia: Manumiſſiones infrænavit lex Caninia: eadem de cauſa effræni licentiæ legandi obviam ivere leges Conſulares duæ, lex Furia primum, inde lex Voconia, ad extremum occurrit lex Tribunitia, quam a plebe rogavit *P.* ſeu *C.* Falcidius Tribunus plebis A. ab U. C. 711. ut numerat Antonius Contius in *Faſtis Conſul.*

Legis Falcidiæ duo tantum capita proponuntur in *l. 1. ff. eod.* Primum

mum caput dat liberam facultatem Civibus Romanis legandi, quibuſque legare volent, idque propter legem Furiam, quæ de pecunia ſua erogare teſtatorem in ſingulos non permittebat, ultra mille æris præter exceptas perſonas, Ulpianus in *lib. regul. tit.1. §. quæ probibet*: *Lex Furia teſtamentaria, quæ plus, quam mille aſſium legatum mortisve cauſa probibet capere, præter exceptas perſonas: & adverſus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam conſtituit*; & propter legem Voconiam, quæ fœminis hereditates legataque relicta mirum in modum coercebat, ne diteſcerent nimis, & ex opulentia ſuperbirent nimis. Sed Lex Falcidia concedit liberam poteſtatem legandi quibuſcunque, non diſtinguendo mares a fœminis. Secundo capite Legis Falcidiæ conſtituitur modus legatorum, ut hæc non poſſint onerare hereditatem ultra dodrantem. Itaque ut leges Furia, & Voconia præfiniebant, quantum ſinguli capere poſſent, ita lex Falcidia quantum univerſi.

Verum in filiis aucto legitimæ modo, auctus quoque Falcidiæ modus eſt. Hodie namque uti legitima triens, vel ſemis eſt, pro numero filiorum, ita & Falcidiam trientem, vel ſemiſſem eſſe, teſtatur D. Hieronymus in *Chronico*, & Juſtinianus in *Novella de heredibus, & Falcidia in princ. ſecundæ partis*. Scribit enim *τὸ τρίτον, ἢ τὸ ἥμισυ* Falcidiam eſſe, *id eſt tertiam, vel quartam partem*. Neque eſt, quod quiſquam dicat, Græcos veteres Codices habere *τὸ τέταρτον*, *quartam*: neceſſe enim eſt, utramque quartam ad eundem modum auctam eſſe. Quare & legitima quandoque ſub Falcidiæ nomine venit, *l. quæ nuper, C. de inoff. teſt. l. quisquis, §.* . . . . , *C. ad l. Jul. Majeſt.* Ita Goveanus 1. *variar. lect.* 1.

Sed fuere etiam alia legis Falcidiæ capita, quæ Cujacius ad *tit* 49. *C. lib.* 6. miratur non adnotari: I. Ut dos prælegata uxori, quia hæc rem ſuam recipit, ſit extra rationem legis Falcidiæ; item ea, quæ uxoris cauſa emta, comparata eſſent. Quod nominatim fuiſſe cautum lege Falcidia, conſtat ex *l. uſusfruct. ff. eod.* II. Ut in ponenda ratione legis Falcidiæ in primis deducatur æs alienum hereditatis, ut etiam deducenda ſunt pretia ſervorum, qui in teſtamento libertatem meruere, *l. ſucceſſores, ff. eod.*

Multo poſt lex Falcidia ex conſtitutione Severi porrecta eſt ad donationes cauſa mortis; ex conſtitutione D. Pii ad fideicommiſſa relicta ab inteſtato, ut mox dicemus; ex Senatuſconſulto Pegaſiano porrecta eſt etiam ad fideicommiſſa univerſalia, ut ſcilicet heres, qui reſtituere rogatus eſt, non niſi dodrantem reſtituat, retento ſibi quadrante, quæ vulgo quarta Trebellianica nuncupatur. Plurimum tamen inter utramque quartam diſtat; nam aliud heres ſibi in Falcidiam imputat, aliud in Trebellianicam, quod docet Martianus hic; cujus textus propterea ad tria ſumma capita reducitur. In primo de imputatione Falcidiæ agitur, in principio. In ſecundo de imputatione Trebellianicæ, ibi: *Sed in fideicommiſſaria*. In tertio iterum ad Falcidiam regreditur, ibi: *Si quid vero*.

In prima ergo parte Martianus hanc propoſitionem ſtatuit: Heres le-

legatis ultra dodrantem gravatus, in Falcidiam imputat ea tantum, quæ capit Jure hereditario, non quæ alio Jure capit. Ratio manifeſta eſt, quia Falcidia eſt quarta hereditatis, & Jure hereditario capitur, *l.pater filiam, in princ. ff.eod.*

Ex qua propoſitione plura Martianus deducit. I. Quæ heres Jure legati, vel fideicommiſſi capit, non imputari in Falcidiam, ut eſt, cum duobus heredibus inſtitutis, uni teſtator prælegat fundum, vel rogat, ut eidem per fideicommiſſum a coherede reſtituatur. Ubi notandum, non totum legatum extra imputationem eſſe, ſed medietatem dumtaxat; nam fundi prælegati partem a ſe ipſo capit, quaſi heres, partem a coherede, ut legatarius, *l.Titia cum teſtam.* §.1. *ff.de leg.*2. propterea Jure merito medietatem non imputabit, eam ſcilicet, quam ut legatarius accipit; imputabit vero medietatem alteram, quam Jure hereditario capit. Hæc eadem intelligas in fideicommiſſo; etſi enim lex Falcidia de legatis tantum in teſtamento relictis fuerit locuta, quia nondum fideicommiſsa in uſu erant; tamen poſtea admiſſis fideicommiſſis & Jure codicillorum, ad ea etiam ex Senatuſconſulto Pegaſiano porrecta eſt, *§.ſed quia heredes, Inſtitutionibus de fideicomm.hered.* ſicuti ex conſtitutione Severi porrecta eſt ad donationes cauſa mortis, *l.*5.*ff.eod. l.*2.*ff.de donationibus cauſa mortis*. Et conſequenter lex Falcidia pertinet ad donationes factas inter virum & uxorem; quia inſtar habentur fideicommiſſi, vel donationis cauſa mortis, & morte ſola confirmantur, *l.*12. *ff.eod.*

Itaque coheres medietatem legati, aut fideicommiſſi, imputat in Falcidiam. Exemplum eſto: teſtator mille & ducenta in ære habens, duos inſtituit heredes, quorum ſecundo prælegat fundum centum. Quoniam iſte ſemiſſarius heres eſt, habebit ſexcenta, & ejus quarta Falcidia eſt centum quinquaginta. Sed jam quinquaginta habet ex fundo ſibi prælegato; quare poteſt ejus portio legatis onerari uſque ad quingenta; ita enim habebit quartam, & præterea quinquaginta alia ex altera medietate fundi, quam capit Jure legati. Non ita eſt de primo herede, qui, præter fundum prælegatum, non poteſt onerari, niſi ad tercentum quinquaginta, ut patet.

Ex dictis intelligimus textum in *l.a filio, ff.de leg.*1. ubi ſi filiusfamilias juſſu patris adeat hereditatem, legatum patri relictum, imputatur ei in Falcidiam; hoc enim caſu cum hereditas patri quæratur, pater, quod ei relictum eſt, non accipit Jure legati, quoniam id Jus conſumitur per acquiſitionem hereditatis, ſed capit quaſi hereditario Jure; igitur imputat in Falcidiam. Oppoſitum tamen videtur dici in *l.ſi a ſervo, ff.hoc tit.* ubi acquiſita per filium hereditate, quia juſſit pater filium adire, legatum patri factum evanuit. Lex ait, *id legatum patri non imputari in Falcidiam, quia non debetur.*

Reſpondet Cujacius in *d.l.a filio*, Imputari in Falcidiam dupliciter accipi. Uno modo, cum numeratur inter ea, quæ minuuntur per Falcidiam,

diam, ut in *l.1. §.item ſi ita*, & in *l.ſi a me tibi, ff.eod.* Et ita accipitur in *d.l.ſi a ſervo*, cum dicitur legatum a filio relictum non imputari in Falcidiam, hoc eſt, Falcidiam non ſubire, quia legatum inutile eſt, ſeu non debetur. Altero modo imputari dicitur id, quod numeratur inter ea, quæ explent quartam Falcidiam, & ita venit in *d.l.a filio*. Notandum tamen ex Juſtiniani conſtitutione in *l.cum oportet, C. de bonis, quæ liber.* hoc eſſe aliquatenus mutatum;quia enim voluit,adventitiam hereditatem non acquiri patri Jure proprietatis, ſed ſolum in quantum ad uſumfructum; propterea pater non fit heres per filium; unde fit, ut legatum ei relictum a filio, non reddatur inutile, & ſemper ſubjiciatur Falcidiæ.

II. Martianus deducit, id, quod implendæ conditionis cauſa heres accipit, in quartam Falcidiæ non imputari; ut ſi legetur fundus Titio ſub conditione, ſi heredi decem dederit. Illa decem legatarius ſolvit conditionis implendæ cauſa, & heres non accipit nec Jure legati, nec fideicommiſſi, ſed generali titulo dicitur accipere mortis cauſa, hoc eſt, occaſione mortis teſtatoris. Quia ergo non capit Jure hereditario, ideo in Falcidiam non imputatur.

Illud notandum eſt, ſi heres ultra dodrantem oneratus ſit, totum fundum legatum ſubjici Falcidiæ, non deducto eo, quod legatarius dedit conditionis implendæ cauſa, ut infra dicemus.

Ita e diverſo, ſi heres ſit inſtitutus ſub conditione, ſi dederit Titio decem, hæc Titius capiet non legati Jure, aut fideicommiſſi, ſed mortis cauſa capionis, ex qua non ſubducitur Falcidia, *l.item ſi legatum, l.exceptis, ff.eodem.* Excepto caſu *l.pen. ff.cit.tit.* quoties is, qui quadringenta habet in bonis, heredem inſtituit ſub conditione, ſi dederit Titio 350. hoc eſt, pene hereditatem totam: quod manifeſtum eſt, eum adſcripſiſſe ſtudio fraudandæ legis Falcidiæ, ne heres haberet quadrantem integrum: quod ſtudium olim improbabatur, *l.Sejus, ff.eod.* nondum enim lata erat Juſtiniani Novella, qua poteſt teſtator jubere, ne lex Falcidia in ſuo teſtamento locum habeat; *auth.de heredib.& Falcidia.*

Eſt hic animadvertendum, legata ſive ab initio inutilia, ſive caduca, acquiri heredi Jure hereditario, proinde quartam explere. Unde Papinianus in *l.11. in princ.* ait, in ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputari, ubi vide Cujacium in *§ ſi ſervus 1. & 4.* Quocirca partus ancillarum ante diem fideicommiſſi editi, ad heredem pertinent, utpote dominum Quiritarium, ſed in quartam, & quartæ fructus imputantur, *l.24. ff. eod.* Sed hæc ad quartam Trebellianicam.

In ſecunda parte Martianus ſermonem inſtituit de quarta Trebellianica, & propoſitionem ſtatuit priori contrariam; ait enim: *In fideicommiſſaria hereditate reſtituenda, ſive legatum, ſive fideicommiſſum datum eſt heredi, ſive præcipere, vel deducere, vel retinere juſſus eſt, in quartam id ei imputetur.* Ubi *præcipere, deducere*, & *retinere* ad legatum

per-

pertinent, *l.3. §.cum Pollidius, ff.de uſur.* Quocirca videtur addendum in textu, *ſive accipere Juſſus eſt*; nam accipiendi verbum eſt fideicommiſſi, *l. fideicommiſſa, §.cum eſſet, ff. de leg.3.* Ratio diſparitatis inter utramque regulam eſt, quia, ut diximus, Falcidia deſumitur Jure hereditario, & eſt quarta hereditatis; at Trebellianica eſt quarta fideicommiſſi, & Jure fideicommiſſario retinetur;quare recte in eam imputantur,quæ ſumuntur quoquo modo ex bonis reſtitutioni, ſeu fideicommiſſo ſubjectis, ſive quæcumque fideicommiſſum minuunt,ut ſunt legata,& fideicommiſſa heredi gravato relicta.

Huic propoſitioni unam reſtrictionem,& duas ampliationes Martianus ſubjicit.

Reſtrictio eſt in illis verbis: *Pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id eſt,quod a coherede accipitur.* Quæ verba non uno modo a DD. explicantur.Accurſius,quem Doctores communiter ſequuntur, trahit ad id, quod ſupra dicebamus, prælegatum pro parte, quam quis a coherede accipit, in Falcidiam non imputari; pro alia vero parte, quam capit a ſe ipſo,imputari: ſcilicet, ut id locum habeat, etiam in Trebellianica; nam ſi coheredi,qui fideicommiſſo gravatus eſt, quidpiam prælegetur, quod corpus, ſive ſpecies ſit, extra Trebellianicam eſſe cenſetur ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, non etiam altera, quam gravatus a ſe ipſo capit. Quæ explicatio nullo modo recipi poteſt; non enim eadem eſt ratio Falcidiæ, & Trebellianicæ; nam in quartam Trebellianicam, ſi imputatur legatum, ut noſter textus ait, utique imputari omnino debet etiam ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, cum Jure legati accipiatur. Diverſa ratio in Falcidia eſt, ubi extra quartam legata ſunt, & propterea extra eandem quoque erit prælegati portio, quæ Jure legati a coherede venit.

Rectius ergo Cujacius in *l.non amplius, ff. de leg.1.* prædicta verba non de prælegato capit, quod ſolvitur ex bonis teſtatoris, ſed de legato, quod ſumitur ex bonis coheredis, veluti ſi dictum ſit, ut coheres equum ſuum coheredi gravato præſtet; hic equus retinebitur a gravato extra quartam. Ratio ea videtur eſſe, quia in Trebellianicam imputantur, quæ ſumuntur quoquo modo ex bonis reſtitutioni, id eſt, fideicommiſſo ſubjectis, non ex aliis; hic vero equus, quia præſtatur ex bonis propriis coheredis,utique eſt extra bona fideicommiſſo ſubjecta; quare erit etiam extra Trebellianicam.Non ita eſt de prælegato,quod ex bonis teſtatoris deſumitur, & aliquo modo videtur fideicommiſſo ſubjectum, quatenus eſt apud heredem gravatum ex bonis defuncti.

Ceterum licet poſtrema verba, *Quod a coherede accipitur*, videantur ſuperflua, cum ſatis ſint priora illa, *Quam accipit a coherede*; tamen hæc geminatio & conduplicatio fit dubitationis tollendæ gratia, ut alibi Ulpianus in *l.1. §.ſed ſciendum, ff.de ædil.edicto. Ego puto*, inquit, *ædiles tollendæ dubitationis gratia bis dixiſſe,ne qua dubitatio ſupereſſet*, Coraſ.2. *miſc.17.*

I. Productio eſt ex conſtitutione D.Pii, heredem gravatum reſtituere, accepta pecunia, exempli gratia, Acceptis a Mævio centum, hereditatem Mævio reſtituas, hanc ſummam in quartam imputare debere. Unde Doctores colligunt, non imputare, ſi gravatus ſit reſtituere, accepta ſpecie, veluti, Accepto a fideicommiſſario Sticho ſervo ſuo. Diſcriminis ratio varie aſſignatur. Sed ea omnium optima videtur, quia pecunia, prout in valore conſiſtens, intelligitur deduci, & accipi ex ipſis bonis hereditariis, quod de ſpecie intelligi nequit, ut patet ex Papiniano in *l.deductis, §.nummis, ff. ad Trebell.* ubi hoc reſcriptum D.Hadriano adſcribitur, ut etiam in *l.acceptis, ff.hoc tit.* Vide Cujacium *ad Papinianum 9. reſponſorum in d. §.nummis*. Non diſſimiliter reſcriptum, quod D.Pio tribuitur in *l.qui cœtu, §.ſi de vi, ff. ad l.Jul.de vi publ.* adſcribitur D.Hadriano in *l.ſi de vi, ff.de judiciis.*

II. Productio eſt, ut in quartam imputetur quod implendæ conditionis cauſa ſumitur ex bonis ejus, cui reſtitutio fit, nempe quia tanquam fideicommiſſum dari videtur. Id tamen diſplicet Cujacio 8. *obſ.*4. ex *l.in ratione 30. §.tametſi, ff. eod.* ubi ut in quartam, quæ ex legatis, ita in quartam, quæ ex fideicommiſſo hereditatis deducitur, heredi data conditionis implendæ cauſa non imputantur. Quare ipſe verba illa noſtri textus, *Sed & quod implendæ, &c.* ubi contrarium dicitur, ſuppoſititia eſſe ait, & merito a Baſilicis, & a Pandectis Florentinis abeſſe. Sed non eſt a vulgata lectione recedendum, præſertim quia textus in *d.§.tametſi* expreſſe de ſola Falcidia loquitur, non etiam de Trebellianica, in illis verbis: *Tametſi autem in legis Falcidiæ ratione, quæ conditionis implendæ cauſa heredi ſunt data, in quartam non computentur*. Itaque rectius idem Cujacius in *l. non amplius in princ. ff. de leg.*1. noſtri textus ſententiam recipit, & ea ratione firmat, quia quod datur heredi a fideicommiſſario univerſali, videtur proficiſci ex ipſis rebus, quæ reſtituuntur; nam fideicommiſſarius videtur erogare, aut prærogare quod accipit, aut accepturus eſt; ut ipſius verba ſunt.

In tertia tandem parte Martianus regreditur ad legem Falcidiam, & ſpeciatim ad eum caſum, ubi legatur Titio fundus, ſi heredi decem dederit; & notat totum fundum, qui legatus eſt, ſubjici Falcidiæ, non deductis decem, quæ legatarius dedit conditionis implendæ cauſa. Concordat textus in *l.aut veterani, in fine*, & in *l.ſi ſervus legatus, ff.eod.*

Obſtat tamen textus in *d.l.non amplius in princ.* ubi id tantum videtur legatum, quod ſupereſt, deducto eo, quod legatarius dedit conditionis implendæ cauſa; ut ſi legatus ſit fundus centum, hoc eſt, qui dignus erat centum, ſub conditione ſi daret decem, nonaginta tantum videntur legata. Ergo non totus fundus, ſeu centum, ſed tantum nonaginta ſubjicientur Falcidiæ.

Reſpondendum eſt, in *d.l.non amplius* ſermonem de Falcidia non haberi, nec eo trahi poſſe; & aliud omnino ibi Pomponium velle: eſt enim ejus

Digitized by Google

ejus legis ſpecies ponenda ex Paulo in *l. Civitatibus*, *§.ult. ff. de leg.1.* Nempe legavit quis fundum dignum centum,ſub conditione ſi heredi centum daret. Hoc amplius,a legatario eodem fideicommiſſum reliquit extraneo. Legatarius accepit fundum datis centum; nam plerumque legatarius mavult habere fundum, quam centum, quamvis tantum ſit in pretio fundi, quantum dare Juſſus eſt, ut ſi fundus ſit majorum, vel ſi in eo ſit educatus, vel ob aliam quamlibet commoditatem. Quæritur, an legatarius præterea teneatur fideicommiſſum præſtare? Et negatur, *Quoniam*,ut ait Paulus, *nihil ex teſtamento videtur capere, qui tantum erogat, quantum accipit.* Cujus rationis ratio redditur a Pomponio,quia non amplius videtur legatum, quam quod ſupereſt, deducto eo, quod implendæ conditionis cauſa datum eſt.

Alia, quæ poſſent adduci, prætereō, *ſpatiis excluſus iniquis.*

Ad *lib.6.Codicis*, *Tit.9.* Qui admitti ad bonorum poſſeſſionem poſſint, & intra quod tempus.

JUſtinianus in ſuo *Cod.*acturus de ſucceſſionibus ingenuorum,quod hæ vel Jure Prætorio deferantur, vel Jure civili, congruum putavit a Jure Prætorio ordiri, id eſt, a bonorum poſſeſſione, quamvis id Jus poſterius ſit Jure civili, ſecus ac facit in Pandectis, & in Inſtitutionibus, ubi ſucceſſionibus de Jure Prætorio eas præmittit, quæ de Jure civili ſunt. Quem ordinem pervertit in *Cod.*occaſione bonorum poſſeſſionis,quæ datur in bonis libertorum, de quibus libertis jam antea egerat, ut notat Accurſius hic, quem Doctores communiter ſequuntur. Aget enim Juſtinianus de bonorum poſſeſſione contra tabulas liberti, infra *tit.13.* Hujus ergo occaſione generatim de bonorum poſſeſſione tractat.

Diſcrimen inter utrumque Jus eſt, quod Jus civile facit heredem,ſeu dominum, Jus prætorium facit bonorum poſſeſſorem; etſi enim Prætoris edicta non modicam obtineant Juris auctoritatem, *§.Prætorum, Inſtitutionibus de Jure naturali;* tamen Jus civile latum a populo immutare non poſſunt, quia minorem populo Prætor poteſtatem habet, qui propterea Juris civilis Cuſtos dicitur a Cicerone *3.de legibus*,illis verbis: *Juris diſceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor eſto. Is Juris civilis Cuſtos eſto. Huic poteſtati parento.* Itaque edicta vim legis non habent, ut conſtat ex *§.quos autem, Inſtitutionibus de bonorum poſſeſſionibus*, cum dicitur, Prætorem per bonorum poſſeſſionem heredem non facere; quia per leges, & ſimiles conſtitutiones heredes fiunt.

Quoniam vero Jus civile ſæpe durum eſt,& quoſdam ab hereditate nimis rigoroſe excludit, ut exempli gratia, filium emancipatum; ideo Prætor, cui propoſita æquitas eſt, eoſdem ad ſucceſſionem vocat, non quidem

faciendo heredes, & Dominos, ſed tribuendo bonorum poſſeſſionem ; qua æquitate ſummum Jus mollivit, *argumento ex l.quod ſi Epheſi, §.fin.ff.de eo, quod certo loco*; cum enim lex ſcripta ſemper vivat, legislator moriatur, tales interdum offeruntur caſus ex varietate præſertim temporum, & morum, ut legislator ipſe, ſi viveret, aliter, atque aliter ſtatueret. Mortui ergo legislatoris vicem ſubſtinet Prætor, & Jus prætorium eſt quaſi viva vox Juris civilis, *l.nam & ipſum, ff.de juſtitia*. Quocirca adjuvat, ſupplet, & corrigit, ſeu verius emollit Jus civile propter publicam utilitatem, *l.7. ff.cit.tit.* ut eleganter explicat Raynaldus Corſus 3. *ambig*.4.

Quamvis autem in Jure multæ ſint differentiæ inter heredem, & bonorum poſſeſſorem, ut videbimus; tamen effectu bonorum poſſeſſor ſimilis eſt heredi, *l.vel ſimilem, ff.de alienat.judicii mutandi cauſa*; adeo ut aliquando bonorum poſſeſſor vocetur heres, præciſe, id eſt, quaſi heres, *l.in conditionibus, §.ſi patronus, ff.de conditionibus, & demonſtrationibus, l.hereditatis, ff.de verbor.ſignif.*

Ceterum, ut quæ notatu digna in præſenti titulo occurrunt, recte percipi poſſint, ſequentia notanda ſunt.

I. Bonorum poſſeſſiones ad duo ſumma capita reducuntur, una Edictalis, altera Decretalis, *l.1. §.decretalis, ff.de ſucceſſorio edicto*; quarum prior ordinaria eſt, poſterior extraordinaria, *l.3. §.ult. ff.de Carbon.edicto, l.filium, §.ſi quis contra, ff.de legatis præſtandis.*

Edictalis eſt, quam ex edicto Prætor dat. In quo edicto prius proponitur ea bonorum poſſeſſio, quæ eſt contra voluntatem teſtatoris, & contra tabulas, ſeu contra lignum appellatur, *l.2. in princ. ff.de bonorum poſſ.ſecundum tabulas*; quare etiam in Jure noſtro ſæpe beneficium bonorum poſſeſſionis contra tabulas appellatur primum edictum, aut prima pars edicti, *l.4. l.ſcriptus, ff.de Carb.edicto, l.2. l.filius 42. §.cum filius, ff.de bonis libertorum*. Et hic etiam ordo in Pandectis ſervatur, contra quam fit in noſtro Codice, ubi perturbate primo loco ponitur titulus de bonorum poſſeſſione ſecundum tabulas, de qua in ſecundo edicto agebatur.

Edictalis quoque eſt bonorum poſſeſſio, quæ ab inteſtato defertur. Et hoc edictum quatuor habet partes. Prima pars ab inteſtato vocat liberos ſuos, & non ſuos. Secunda pars vocat legitimos. Tertia cognatos. Quarta pars, quæ dicitur edictum ſucceſſorium, habet, ut liberi, vel cognati, qui primum gradum obtinent, ſi omittant, aut repudient ſucceſſionem, eam transmittant ad ſequentem gradum. Hodie ex nova conſtitutione Juſtiniani in *l.4. C.de bonis libertorum*, huic edicto etiam in Jure legitimorum locus eſt.

E contrario Decretalis bonorum poſſeſſio eſt, quæ ex decreto datur, deficiente edicto, ut Carboniana bonorum poſſeſſio, & quæ datur furioſo; ex edicto enim nulla ex parte defertur furioſo bonorum poſſeſſio: ex decreto tamen curatori furioſi datur bonorum poſſeſſio, ſed præſtita cautione

Digitized by Google

ne bona reddendi ſequentis gradus cognato, ſi ille in furore moriatur; *l.heres furioſi, ff.de petit.hered. l.ult.§.ſin autem ex alia, C.de curatore furioſi.* Ita quoque eſt, quæ datur de bonis captivi nondum mortui, & de ventre in poſſeſſionem mittendo.

Horum plures differentiæ ſunt. Nam primo Edictalis datur de plano,quocunque die:Decretalis datur diebus ſeſſionum,ſcilicet,quibus Prætor ſedet pro tribunali. Unde fit, quod etſi dies petendæ utriuſque bonorum poſſeſſionis utiles ſint,tamen in Edictali computantur etiam dies, in quibus Prætor non ſedet, ſecus quam in Decretali, ubi ſeſſiones tantum computantur, *l.2. §.dies, ff.quis ordo in bonorum poſſeſſione.*

Deinde Edictalis datur ſine cauſæ cognitione: Decretalis cauſa cognita. Quare ex Carboniano edicto impuberi, cui de filiatione, vel de ſtatu controverſia fit, bonorum poſſeſſio non datur, niſi poſtquam ſummatim hinc inde ab impubere,& ab adverſariis coram Prætore prolata, ambiguam cauſam faciant; hoc enim eſt dari cauſa cognita, *l.3.§.cauſæ, ff.de Carb. edicto.*

Tandem Edictalis repudiari poteſt: Decretalis nunquam. Cur ita? quoniam quod delatum eſt,id duntaxat repudiatur,non quod acquiſitum eſt. At Decretalis eodem momento defertur & acquiritur, ſcilicet, dum decernitur,defertur ſimul, & acquiritur. Igitur non poteſt repudiari;nam nullum eſt medium tempus. At Edictalis alio tempore defertur, alio datur, & acquiritur. Itaque intermedio tempore poteſt repudiari, *d. l.1. §.decretalis.*

II. Recte a filiofamilias, etiam ignorante patre,petitur bonorum poſſeſſio ſibi delata, *l.1. hoc tit.* ita tamen, ut emolumentum deinde acquiratur patri, ſi petitionem ratam habuerit, *l.6. ff.de acq. hered. l.ult. ff.quis ordo in bonorum poſſeſſione ſervetur*; ita quoque ratihabitio cujuſcumque ſatis eſt, cui abſenti, vel ignoranti fuerit petita, dataque bonorum poſſeſſio, *l.3. §.acquirere, ff.de bonorum poſſeſſionibus, l.ſervo, §.1. ff.ad Trebell. l.7. & pen. ff.rem ratam haberi.*

Sed quæres, quid Juris ſit, ſi patris ratihabitio non ſequatur? Et diſtinguendum eſt inter Jus vetus, & novum; quippe Jure Digeſtorum inutilis redditur bonorum poſſeſſionis petitio,quam poſtea ratam non habuerit pater,*l.ult.§.pen.ff.quis ordo in bonorum poſſeſſione.*At Jure Codicis utilis eſt, & proficit filio pleno Jure, hoc eſt, tam reſpectu proprietatis, quam uſusfructus; non enim eorum bonorum, quamvis adventitia ſint, uſusfructus ad patrem pertinet, *l.ult. §.1. C.de bonis, quæ liberis.*

Quæres etiam, cur ratihabitio patris in acquirenda bonorum poſſeſſione ſit ſatis, cum e contrario Juſſus patris omnino præcedere oporteat in acquirenda hereditate, *l.ſi quis mihi bona, §.juſſum, ff.de acqu.hereditate?* Reſpondet Accurſius hic differentiæ rationem pendere a diſcrimine Juris civilis, & prætorii; quandoquidem bonorum poſſeſſio de Jure prætorio eſt, quod Jus mite, & moderatum eſt, & ratihabitionem com-

parat

parat Juſſui, & mandato, & ſi Juſſus non præcedat, ratihabitione contentum eſt. Non ita de hereditate, quæ de Jure civili eſt, cujus eſt rigor, ſcrupuloſitas, & ſolemnitas nimia.

Quæres tamen, ſi filius non petat bonorum poſſeſſionem intra conſtituta tempora, computanda ex quo die patrem certiorare potuit, quid fiat? Et ex *d.l.*1. habetur, utrumque, ſcilicet patrem, & filium amittere commodum bonorum poſſeſſionis. Nam ſcientia filii, & negligentia, patri ignoranti nocet, quia, ut ait Cujacius hic, filius eſt principalis perſona, cui defert ur bonorum poſſeſſio; & ſcientia principalis non modo ei nocet, ſed & cuilibet alii, *l.*2. *ff.de litigioſ.* E contrario ſcientia patris in hac ſpecie, ignoranti filio non nocet, quia filius eſt principalis perſona, cui ſucceſſio delata eſt, *l.*3. *ff.quis ordo in bonorum poſſeſſione.*

III. Facile a Prætore alii admittuntur ad petendam bonorum poſſeſſionem nomine alterius, quamvis ſecus ſit in hereditate; nam tutor non poteſt adire hereditatem nomine pupilli, qui major infante ſit, *l.potuit, ff.de Jure delib. l.ſervo invito, §.ſi pupillo, ff.ad Trebell.* E contrario idem tutor poteſt petere bonorum poſſeſſionem pupilli nomine, *l.ſervus bonorum, ff.de bonorum poſſeſſionibus.* Quod etiam a diverſitate Juris civilis, & prætorii dependet.

Olim impubes nec bonorum poſſeſſionem admittere, nec judicium ſine tutoris auctoritate accipere poterat, *d.l.ſervus.* Hodie tamen admittitur ſine tutore, auctoritate ſolius Judicis non ignorantis ejus ætatem, qui petit bonorum poſſeſſionem, ut hic *l.*7.

Ita quoque pater infantis nomine, cum infans ſibi petere non poſſit, ad bonorum poſſeſſionem petendam admittitur, *d.l.ſervus*, juncta *l.*3. hic; in qua præterea habetur, mortuo infante, recte bonorum poſſeſſionem *competere*, hoc eſt, actionem transferri in heredem infantis. Concordat textus in *l.*2. *§.ſed ſi infanti, ff.ad Tertull. l.ſi infanti, C.de jure deliber.*

IV. Petitio bonorum poſſeſſionis temporalis eſt; nam agnatis, cognatis, viro & uxori, conſtituti ſunt dies 100. utiles; liberis, & parentibus largius tempus tribuitur, nempe annus utilis. Qua in re etiam eſt differentia inter Jus civile & prætorium. Nam Jus petendæ hereditatis (quo tenetur qui pro herede, vel pro poſſeſſore bona defuncti poſſidet) perpetuum eſt; nulloque tempore circumſcribitur. At hodie ex conſtitutione Theodoſii Magni omnes actiones, quæ perpetuæ olim erant, præſcriptione 30. annorum tolluntur, quam præſcriptionem Caſſiodorus 5. *variarum* 37. *humano generi patronam* dicit, quia per eam Theodoſius humano generi quietem paravit, ne quis ſcilicet quemquam poſt tot annorum ſpatium inquietaret.

Hujus præſcriptionis (ut id obiter moneam) auctorem Cujacius *ad lib.*7. *C. tit.*39. facit Theodoſium Magnum ex Novella Valentiniani, & Theodoſii Junioris *de* 30. *annorum præſcriptione omnibus cauſis opponenda*

Digitized by Google

uenda, ubi hoc Jus, ut ſilentio tricennii omnis actio perimatur, Valentinianus tribuit Theodoſio patri ſuo. Non ergo Theodoſio Juniori collegæ ſuo, ſed Theodoſio Magno: namque ſolent Imperatores Anteceſſores ſuos appellare Patres, pio & auguſto nomine, licet non fuerint eis parentes, ut in *eadem Novella* Valentinianus Honorium vocat Patrem ſuum, qui ei fuit avunculus. Mirum tamen eſt, quod Alexander III. in *cap. vigilanti, de præſcriptionibus*, ſcribit præſcriptionem tricennii primum introduxiſſe Epheſinum legiſlatorem: vel ut eſt in *II. Tomo Conciliorum, ſub Alex. III.* Euphegium Patruum Originis.

Ceterum ſpatium tricennii, quod pro petenda hereditate tribuitur, continuum eſt, ceditque etiam ignoranti. Non ita eſt de temporibus conſtitutis ad petendam bonorum poſſeſſionem, quæ utilia ſunt, & ignoranti factum non cedunt, *l. pen. hoc tit.* quam fruſtra emendat Cujacius hic, & 17. *obſ.* 19. ut ſi ignorat quis mortem cognati ſui, ſe heredem ſcriptum eſſe, vel ignorat ſibi Jus cognationis cum defuncto fuiſſe. At e contrario cedunt ignoranti Jus, etiam mulieri, ut ſi ſit ſoror defuncti, & putet ſibi amitam ejuſdem præferri, atque ita ſinat abire 100. dies, nec bonorum poſſeſſionem petat, *l. Juris, hoc tit.* Semper enim verum eſt in lucro Juris ignorantiam mulieri non prodeſſe, maxime ſi Juriſconſulti habuerit copiam, *l. 8. ff. de juris & facti ignor. l. ult. C. qui petant tutores*. Eodem modo nec ruſtico in lucro prodeſt Juris ignorantia, ſi Juriſconſultum conſulere potuit, quamvis vulgo ruſtici Juris ignari ſint. Homer. Odyſſ. 9.

ἄγριον οὔτε δίκας εὖ εἰδότα οὔτε θέμιστας.

V. Dare bonorum poſſeſſionem eſt mixti imperii, *l. imperium, ff. de Juriſd. omnium Judicum*, hoc eſt Juriſdictionis, cui admiſtum imperium ſit. Prætor enim, cum bonorum poſſeſſionem decernit, Jus dicit, & contra eum, qui non paret, modica coercitione utitur; non enim Juriſdictio ſine modica coercitione explicari poteſt, ut eſt fuſtium & flagellorum caſtigatio non atrox, pignoris capio, corporis retentio, & mulctæ dictio, *d. l. imperium*. Harmenopulus tamen 1. *Prochiri* 4. *ſchol.* 1. dare bonorum poſſeſſionem Juriſdictionis eſſe ſcribit, quem ſequuntur Longovallius, Faber, aliique, qui textum in *d. l. imperium* varie emendare conantur. Sed facile eſt hæc concordare. Prætor enim non modo petenti bonorum poſſeſſionem tribuit, ſed præterea poſſeſſionem bonorum; illud in Jure conſiſtit, hoc in facto, illud ſe habet, ut cauſam, hoc ut effectum. Utriuſque rei complexus mixti imperii eſt, & ita intelligendus textus in *d. l. imperium*. Prius illud eſt Juriſdictionis, de quo loquutus eſt Harmenopulus, prout latius a nobis alibi explicatum eſt.

Quoniam ergo datio bonorum poſſeſſionis mixti imperii eſt, ideo dabat eam Prætor in Urbe, Præſes in Provincia. Vide Cujacium 4. *obſ.* 5. At ex conſtitutione Conſtantini hic in *l. ult.* hodie poteſtas eſt cujuſcumque Judicis, etiam Duumvirum. Conſtituunt Duumviri Magiſtratum municipalem, & ſunt in Civitatibus loco Conſulum Urbanorum, ut Defenſores

Ci-

Digitized by Google

Civitatum inſtar Tribunorum plebis, cum & Defenſores plebis dicantur, *l.4.& 5. C.de defenſoribus Civitatum*, *l.1. C.de officio Juridici Alexandriæ*. Et demum Curia eſt loco Senatus. Quamvis autem certum ſit de Duumviris eos eſſe ſine imperio, ſine Jure gladii, *l.nec Magiſtratibus*, *ff.de injuriis*, habent tamen coercitionem modicam, alioquin inanis eſſet eorum Juriſdictio, *l.eos qui, ff.de decurionibus*. Hac ergo de cauſa poſſunt & ipſi bonorum poſſeſſionem tribuere.

VI. Jure veteri petitio, datioque bonorum poſſeſſionis fiebat ſolemniter verbis conceptis, ſeu, ut loquuntur, formalibus, & typicis. Deinde Conſtantinus in *d.l.ult.* juſſit, qualemcunque teſtationem ſufficere ad acquirendam bonorum poſſeſſionem factam coram Judice intra tempora conſtituta, & eam teſtationem cedere pro ſolemni petitione. Sed poſt Conſtantinum plus eſt, quod adjecerunt Theodoſius, & Valentinianus, ut etiam citra teſtationem illam, poſſit admitti, & acquiri bonorum poſſeſſio quocumque indicio, ſeu actu, quo quis demonſtret ſe eſſe bonorum poſſeſſorem, *l.1. C.Theod. de cretione*, *vel bonorum poſſ.* quod & Juſtinianus probat in *§.ult. Inſtitutionibus de bonorum poſſeſſionibus*. Et hoc Jure utimur, teſte Cujacio hic, in fine.

Ad *lib.*6. *C. tit.*10. Quando non petentium partes petentibus accreſcant.

SUb hoc titulo una tantum conſtitutio habetur, quæ eſt Gordiani Imperatoris, & in ea agitur de Jure accreſcendi, quod verſatur inter plures eodem gradu exiſtentes, quibus cum delata ſit bonorum poſſeſſio ſive ex teſtamento, ſive ab inteſtato, eam tamen nonnulli non petunt, vel non admittunt; tunc enim ceteris petentibus, vel admittentibus accreſcit; quippe plures in eodem gradu ad eandem bonorum poſſeſſionem vocati, habentur tanquam legali conjunctione conjuncti, & unum quaſi corpus efficiunt, *l.ſi ex pluribus, ff.de ſuis, & legit. l.1. §.ſi cum 2. ff.ad Tertull.* Propterea inter eos locum habet Jus accreſcendi, ex *l.3.§.ult.cum 2.ll.ſeqq. ff.de bonorum poſſeſſionibus*. Et hic in noſtro *tit.* ubi cum dicitur partes non petentium accreſcere petentibus, id ita capiendum eſt, ut accreſcant petentibus non ratione perſonarum, ſed ratione rei, ut recte Baldus hic notat; hoc enim diſcrimen verſatur inter Jus accreſcendi reale, & perſonale, quod perſonale accreſcit perſonæ, reale vero, de quo hic agitur, accreſcat rei, ſeu portioni.

Varie a DD. noſtræ legis ſpecies ponitur. Et varietas oritur pro explicandis verbis illis, *Ceſſante legitima ſucceſſione*. Et Accurſius ponit ſpeciem in matre, cui liberi ſuccedant. Quod improbat Cujacius hic, quia matri liberi ſunt legitimi ſucceſſores ex Senatuſconſulto Orphiciano, licet

ſet cognati,non agnati ſint;heredes enim facit non tantum lex, ſed etiam Senatuſconſultum, & Conſtitutio Principis. Solus Prætor is eſt, qui non facit heredem, ſed bonorum poſſeſſorem.

Itaque Cujacius legem noſtram de filiis emancipatis intelligit, quos lex ad hereditatem patris non vocat, pro legitimis heredibus non habet, *l.ſed cum patrono, §.1. ff.de bonorum poſſeſſionibus*, ſed ex Prætoris beneficio admittuntur ad bonorum poſſeſſionem Unde liberi. Uno ergo ex his bonorum poſſeſſionem non petente intra annum ſtatutum, ceteris,qui petierunt, illius portio accreſcit.

Alii aliter exponunt. Videtur tamen dicendum, Gordianum generatim accipi debere de omnibus liberis, qui vel beneficio Prætoris indigent, ut filii emancipati,vel eo uti velint, ut filii in poteſtate:quamvis enim bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas, & unde liberi, introductæ a Prætore ſint pro tuendis filiis emancipatis, quos jus civile a ſucceſſione parentum excluſit, porrectæ tamen ſunt ad filios etiam in poteſtate conſtitutos; quibus etſi neceſſaria non ſit bonorum poſſeſſio, tamen non inutilis eſt, ut etiam eſt de bonorum poſſeſſione contra tabulas, ob rationes, quas afferuntur in *Inſtitutionibus de bonorum poſſeſſionibus*.

Sed quæritur I. Utrum non petentium partes accreſcant petentibus ipſo Jure, ſine nova agnitione, & petitione?

Et duos caſus Accurſius diſtinguit. Prior eſt, ſi plures eodem Jure vocentur, ut ſi ſint plures filii, quorum alii admittant bonorum poſſeſſionem, alii non admittant; iis, qui admiſerunt, ceterorum deficientium portio accreſcit ipſo Jure, & tacito ſenſu, *l.ſervus communis, ff.de acq.hered. l.2. §.ſi duo, ff.de bonorum poſſeſſ. ſecundum tabulas*, ubi dicitur ita bonorum poſſeſſionem ipſo Jure accreſcere, ſicuti accreſcit ipſo Jure hereditas, *l.ſi ita ſcriptum, in princ. ff.cit. tit.* ubi Accurſ. *v.Quæ ex ſextante*.

Poſterior eſt, ſi vocentur diverſo Jure,quo caſu nova petitione opus eſt. Finge. Libertus condito teſtamento, ſcripſit heredem Titium, præterito patrono. Deinde teſtamentum factum eſt irritum per capitis diminutionem,quæ tamen ante mortem ceſſavit. Mortuo ergo liberto, Titio competit bonorum poſſeſſio ſecundum tabulas; non enim ſpectat Prætor an teſtamentum irritum factum ſit medio tempore inter teſtamentum & mortem, *l.1. §.ſed etſi quis, ff.de bonorum poſſeſſione ſecundum tab. l.conficiuntur,§.ſi poſt,ff.de Jure Codicill.*Sed ei ſatis eſt,ut obſignatæ ſint tabulæ non minus, quam 7.teſtium ſignis, *l.cum tabulæ, ff.de bonorum poſſeſſion.ſecundum tabul.* Cicero in *Prætura Urbana.* E contrario patrono præterito defertur bonorum poſſeſſio contra tabulas ad portionem legitimam, hoc eſt trientem, *l.6. ff.de bonorum poſſeſſionibus*. Sed ſi accidat heredem ſcriptum bonorum poſſeſſionem ſecundum tabulas non petere, patronus, qui petiit jam bonorum poſſeſſionem contra tabulas in trientem, poteſt denuo nominatim ejus quoque partis, quam heres ſcriptus amplecti voluit, bonorum

poſſeſſionem petere. Et ſic bis petit, *l. ſed cum patrono, in princ. ff. de bon. poſſ.*

Verum dicendum eſt, ſemper partem non petentis ipſo Jure accreſcere petenti ſine nova agnitione, quia nunquam Jus accreſcendi eſt, niſi inter eos, qui eodem Jure innituntur, *l. ſive, §. duobus, ff. de Jure patronatus.* Cui deciſioni favet textus in *d. l. ſed cum patrono*, tantum abeſt, ut illi contrarius ſit; quippe in eo aperte dicitur, eos, quibus accreſcendi Jus eſt, ſemel debere agnoſcere bonorum poſſeſſionem: & additur, patronum in ſpecie propoſita ideo bis petere, quia non conſequitur partem heredis ſcripti Jure accreſcendi, ſed tantum ex beneficio Prætoris, qui eum ad novam poſſeſſionem vocat, ſi præmature petiit aliam, herede ſcripto deliberante.

Notemus enim oportet, bonorum poſſeſſionem contra tabulas patrono præterito cum re & effectu non dari, antequam heres ſcriptus adierit, *l. illud, in princ. ff. de bonorum poſſeſſ. contra tab. l. 3. §. ut patronus, ff. de bonis libert.* quamvis aliud ſit de filio præterito, cui datur contra lignum, etiam herede ſcripto, herede adhuc non exiſtente, *l. quod vulgo, ff. de bonor. poſſeſſ. contra tabulas.* Igitur deliberante herede ſcripto, ſi patronus præmature petat bonorum poſſeſſionem, petitio erit ſine re; adeo ut herede ſcripto poſtea repudiante, neceſſe ſit denuo patrono petere bonorum poſſeſſionem totius aſſis. Ita totum obtinebit beneficio Prætoris per bonorum poſſeſſionem; non Jure accreſcendi; nam Jus accreſcendi ipſo Jure procedit, nec auxilium deſiderat novum, Cujacius hic.

Quæritur II. an invito accreſcat?

Et facilis reſponſio eſt, accreſcere invito, nam quibus ipſo Jure accreſcit, utique invitis accreſcit. Nam qui illud dicit, & hoc etiam dicit; ſuntque hæc duo in Jure noſtro connexa, & copulata, *l. un. §. his ita definitis, C. de caduc. toll. l. qui ex duabus, §. ult. ff. de acq. hered.* Ratio dependet ex dictis, nempe quia conjuncti unum quaſi corpus efficiunt, pro una perſona habentur.

Excipe I. in ſervo; ſi enim ſervus alienus ex parte inſtitutus heres pure ſit, & coheres ex parte ſub conditione, & ſervus ex pura inſtitutione adiit Juſſu Domini, & deinde non extitit conditio, utique pars coheredis non accreſcit invito, nec ipſo Jure, ſed iterum Juſſu Domini adeundum eſt, *l. ſi ſolus, §. ult. ff. acq. hered.* Ratio eſt, quia Dominus per ſervum invitus onerari non debet; quare ſecus eſt, ſi tempore conditionis non impletæ ſervus reperiatur manumiſſus; accreſcet enim Domino invito, & ipſo Jure, *l. ſi quis heres, ff. cit. tit.* ubi id ipſum ad filiumfamilias extenditur. Vide Santolariam *interpretat. 9. §. 4.*

Neque obſtat textus in *l. cum filio 3. ff. de vulg.* ubi excluditur Dominus a portione, in qua ſubſtitutus ſervus coheres fuerat; nam ibi ſolum excluditur ex Jure ſubſtitutionis.

II. Si pars coheredis accreſcat, quia deficit poſt aditam ab ipſo coherede hereditatem. Exemplum eſto. Duo ſunt coheredes, quorum unus mi-

nor

Digitized by Google

nor ætate eſt,& uterque adiit hereditatem pro ſua parte. At deinde minor ſe abſtinuit beneficio reſtitutionis in integrum, ejus portio coheredi invito non accreſcit, ſed creditoribus defuncti tribuitur, ut ex conſtitutione D.Severi ſtatutum eſt, *l.ſi minor, ff.cit.tit.* Ratio eſt, quia hic propriè Jus accreſcendi non eſt;nam ſemel acquiſita portio non accreſcit conſorti, excepto uſufructu, *l.1. §.interdum, ff.de uſufruct. accr. l.aquam, §.ult. ff. quemadmodum ſervitus amitt.* Quia igitur jam portionem ſuam acquiſiverat minor, non defertur coheredi proprie per Jus accreſcendi, minore in integrum reſtituto, quia acquiſitione perimitur Jus accreſcendi. Hinc ergo accreſcit volenti, non invito. Eadem de cauſa Juſtinianus in *auth.de heredibus, & Falc. §.ſi quis autem non implens*, ſtatuit, ut ſi heres, qui adiit, non exequatur voluntatem defuncti, portio ejus accreſcat coheredi volenti, non invito.

E contrario ſubſtitutio interdum procedit contra invitum.

I. In ſpecie textus in *l.ſi quis heres 35. ff. de acqu. hered.* Species eſt: Duos quis ſibi inſtituit heredes, Primum, & Secundum, & Secundo Primum ſubſtituit vulgariter. Mortuo teſtatore, Primus adivit hereditatem, vel pro herede ſe geſſit, repudiante Secundo. Ait Ulpianus de Primo: *Erit heres ex cauſa quoque ſubſtitutionis; quoniam invito quoque ei accreſcit portio*. Ratio dependet ex duobus, Primo, quia heres in eo caſu nequit coheredi ſuccedere Jure accreſcendi; nam quoties Jus accreſcendi concurrit cum Jure ſubſtitutionis, Jus ſubſtitutionis ut potentius prævalet, *l.2. §.pen. ff.de bonor. poſſ. ſecund. tab.* Duarenus 2. *de Jure accr.* 16. Ex altera parte nequit heres is a portione coheredis non adeuntis abſtinere, ne teſtator partim inteſtatus decedat, contra regulam *l.Jus noſtrum, ff. de reg. Jur.* Inde fit, ut heres iſte coheredi, cui eſt ſubſtitutus, ſuccedat non alio Jure quam ſubſtitutionis, & ſuccedat invitus.

II. Eſt in *l.pen. verſ.ſed ſi ego, ff.de injuſto rupto*. Quidam exheredato poſtumo, me & Titium inſtituit; deinde nos reciproce ſubſtituit, non exheredato a gradu ſubſtitutionis poſtumo. Mortuo, vel repudiante coherede meo, ſi ego adeo,ex aſſe heres ero, ut ibi Scævola ait, hoc eſt, mihi etiam invito pars coheredis deficientis acquiretur Jure ſubſtitutionis. Ratio dubitandi erat, quia coherede meo repudiante, vel mortuo, fit locus ſubſtitutioni, a quo gradu poſtumus non eſt exheredatus, ſed præteritus. Quare gradus ſubſtitutionis rumpitur; & propterea rumpitur etiam gradus inſtitutionis; non enim poteſt teſtamentum rumpi in gradu ſubſtitutionis, quin rumpatur in gradu inſtitutionis, cum teſtamentum ſit individuum, *d.l.pen. in princ.* Ratio decidendi eſt, quia quando coheredes inſtituti, ipſi etiam ſunt ſubſtituti, iidem ſunt in utroque gradu comprehenſi, & ſufficit exheredationem fieri a ſolo gradu inſtitutionis. Nempe quia gradus ſubſtitutionis eo caſu eſt quaſi appendix præcedentis inſtitutionis, *d.l.pen.in fin.* Et ambo unus gradus cenſentur, *argum. l.1. §.id quod, ff. ad l.Falc.* Doctrina eſt Imper. Antonini in *l.1. §.1. C. de liber.*

præteritis, dicentis ab uno tantum gradu factam exheredationem,quo caſu iidem, qui inſtituti ſunt, ſubſtituuntur, cenſeri factam ab omnibus gradibus, quia nulla ratio reddi poteſt, cur videatur teſtator in unum tantum caſum exheredaſſe, Valentia *lib.1. tract.1. cap.2.* Itaque coheres ſuccedit, non ex Jure accreſcendi, ſed ex ſubſtitutione,quæ potentior eſt; & ſuccedit invitus, ne teſtator pro parte inteſtatus ſit.

III. Eſt in *l.qui patri 59. ff.de acq.hered.* ubi qui patri heres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus eſt,pupillo quoque neceſſario heres erit. Idem habetur in *l.ſi pupillus 52. in princip. verſ.ceterum*. Nempe quia hoc teſtamentum unicum eſt; quare ſi neceſſario heres non eſſet, pro parte ſucceſſio eſſet ab inteſtato. Quod ſi ponas, heredem mortuum vivo pupillo, deinde pupillum impuberem deceſſiſſe; tunc heredis heres pupilli quoque hereditatem acquiret, ſed alio Jure,nempe Jure accreſcendi, ut in *d. l. qui patri* Neratius docet, Fab. *dec.100. err.10.* Donellus in *l. quidam 20. num.2. C.de Jure delib.*

Quæritur III. pro qua parte portio deficientis accreſcat ſingulis?

Reſpondet Accurſius, accreſcere pro rata parte ejus, quod eis competit, ſive pro qua prius admittebantur, ut probatur ex *l.1. ff.de impub. & aliis*, & melius ex *l.66. ff.de hered.inſtit.* & *l.Mævio, ff.de leg.2.* Nec nos moveat, quod Juſtinianus in *l.un. §.ubi autem*, & *§.ſed ut manifeſtetur, C.de caduc.toll.* dicat accreſcere pro virili portione; nam virilis etiam portio aliquando ſignificat ratam, ſive æqualem, ſive inæqualem, *l.1. C. unde liberi,§.ult.Inſtitutionibus de inoff.teſtament.* Ita in *d.l.un.* recte notant Accurſius, & Cujacius, ille in *d.§.ſed ut manifeſtetur*, hic in *§.ubi autem legatarii*; ut quemadmodum heredibus inter ſe pro partibus hereditariis accreſcit, ita etiam accreſcat bonorum poſſeſſoribus pro rata: nec ſit in hac re ulla differentia inter coheredes, & bonorum poſſeſſores. Idipſum de collegatariis eſt ex *d.l.Mævio.*

Quoniam ergo Jus accreſcendi inter heredes locum habet tam ex teſtamento, quam ab inteſtato, conſtat falſiſſimum eſſe, quod vulgo Interpretes docent, nempe rationem Juris accreſcendi inter coheredes eſſe, ne alioqui pro parte quis teſtatus, pro parte inteſtatus deceſſiſſe videatur. Verius eſt, quod ait Faber *dec.100. err.ult.* eam naſci ex individuitate, vel hereditatis, vel judicii defuncti.

Obſtare tamen videtur Neratius in *l.qui patri, ff.de acq.hered.* quam Fabro Valentia oppoſuit, ubi ait, Eum, qui patri heres extitit, ſi idem filio impuberi ſubſtitutus eſt,non poſſe filii hereditatem prætermittere;adeo ut etiamſi vivo pupillo mortuus erit,deinde pupillus impubes deceſſerit, is qui heres extitit patri, pupillo quoque ſit heres neceſſario. Idque Neratius a Juris accreſcendi ratione pendere teſtatur. Hic autem ſunt duæ hereditates, patris una, altera filii, quamvis unicum ſit teſtamentum, vel ſaltem loco unius, *l.pen.ff.teſtamenta quemadmodum aperiantur*. Sunt itidem duæ perſonæ: quippe nemo dixerit, patrisfamilias, & filii impuberis

poſt

Digitized by Google

poſt patrem defuncti unicam eſſe perſonam, licet quamdiu pater vixerit ob vinculum patriæ poteſtatis pro una habeatur; *l. Imperator*, *ff. ad Trebell.* Non ergo ex hereditatis, ut ita dicam, individuitate, neque ex unius perſonæ individuæ repræſentatione, oritur Jus accreſcendi inter coheredes.

Augetur difficultas, quia a Neratio caſus ille tractatur, quo pupillus fuit a patre exheredatus. In quo differt caſus ille Neratii ab eo; de quo Ulpianus in *l. ſed ſi pluris*, *§. filio impuberi*, *ff. de vulgari*, ubi agitur de ſubſtituto dato impuberi, qui ipſe patri heres extiterit, & poſt acquiſitam patris hereditatem deceſſerit, ut & in *l. paterfam. ff. de reb. auctoritate Judicis poſſidendis*. Nihil autem eo caſu commune habet hereditas pupilli cum paterna.

Reſpondet Faber, quod licet patris, & impuberis filii duæ ſemper & omni caſu ſint hereditates, tamen ex unico judicio patris ſubſtituentis dependent, ob quam cauſam unicum teſtamentum eſſe dicitur. Et ex Juris regula eorum, quæ ſupremi judicii ſunt; diviſio fieri non poteſt, *l. 4.* & *l. 5. §. 1. ff. de leg. 2. l. eum qui in fine, ff. de his, quæ ut indignis.* Quoniam ergo ex unico & individuo defuncti judicio utraque hereditas defertur, ideo patris heres, filii pupilli, cui eſt ſubſtitutus, hereditatem etiam invitus acquirit Jure accreſcendi. Ex his concludit Faber, Jus accreſcendi ſemper naſci ex individuitate aliqua, ſed non ex eadem ſemper: nimirum ex individuitate hereditatis, ſi de unica hereditate agamus: ex individuitate etiam judicii, ſi de pluribus hereditatibus, ut in caſu Neratii.

Ita explicandus eſt Ulpianus in *l. cogi*, *§. ſi quis heres*, *ff. ad Trebell.* ubi heres rogatus fuit reſtituere partem hereditatis, ſi coactus ex Trebelliano adiit, tota hereditas in fideicommiſſarium tranſit.

***

DO-

Digitized by Google

DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI,

Soluto Matrimonio, quemadmodum dos petatur, ad *lib.24. Digeſtorum, tit.3.*

QUATUOR numero ſunt, quæ in præſenti Rubrica habentur, quorum tria ſupponuntur, ut explicata jam ſupra in antecedentibus titulis, unum vero tractatur hic, & explicatur. Quippe primo ſupponuntur modi, quibus matrimonium initur, expoſiti *lib.23. tit.11. De Ritu Nuptiarum*. Ita pariter modi, quibus matrimonium ſolvitur, de quibus in præcedenti *tit. De Divortiis*. Supponitur tandem tractatio *De Dote*, quæ explanata eſt *lib.23. tit.3.* qui eſt *De Jure Dotium*. Id vero, de quo hic agitur, eſt, *Quemadmodum dos petatur*, id eſt, quibus actionibus, per quas perſonas, a quibus, in quantum, & hujuſmodi alia, ut hic docet Accurſius *v. quemadmodum*. Interpretes tamen, more per manus tradito, multa pro explicatione Rubricæ huc congerunt de matrimonio, de ſolutione matrimonii, & de dote; quorum nonnulla nos etiam attingere operæ pretium erit.

MATRIMONIO

Pars Prima Rubricæ.

JUre Romano tria uxorum genera erant, farre, uſu, coemtione; ut Cicero in *Topicis cap.14.* diſtinguit, Sigonius 1. *de Jure Civium Romanorum* 9. Contius 2. *lect.* 10. Rævardus 4. *variarum* 16.

1. Coemtione, cum nubens mulier aſſem, quem manu tenebat, emendi cauſa marito dabat. Ex quo duo oriebantur, ut uxor marito coemtori ſua heres fieret: & conſequenter ut in manu mancipioque, id eſt, poteſtate, & familia mariti eſſet, Varro, & Gellius 18. *N.A.6.* Hæc recedebat a

tu-

tutoris Ceſſitii poteſtate,& in manum viri conveniebat.Itaque fiebat prioris ſtatus mutatio, & erat capite minuta, Cicero in *Topicis cap.*18. ibique Boetius.

Videntur ergo Jura uxoris, & filiæfamilias exæquata, quamvis uxor non filiafamilias, ſed materfamilias diceretur, Gellius *loc.cit.*

Ex quibus plura tamen Jure noſtro obſcura facile intelliguntur.

Primo intelligimus, cur in *l.*1.*ff.rerum amotarum*,uxor dicatur quodammodo domina rerum mariti. Concordat *l.quamvis, C.de furtis*,& *l.*4. *C.de crim. expil. hered.* Nempe id ad ſimilitudinem filiifamilias inductum eſt, qui & ipſe eſt quodammodo Dominus rerum paternarum, *l.in ſuis, ff. de lib.& poſth.* Quocirca quæſitum eſt, utrum uxor amovendo bona viri, furtum committere cenſeatur. Qua in re varie certatum eſt ab antiquis Juriſconſultis. Nam, ut habetur in *d.l.*1. Nerva & Caſſius negabant eſſe furtum, ex ſupradicta regula, quod uxor eſt quodammodo domina, & nemo in re ſua furtum committit. E contrario Sabinus & Proculus docebant, furtum eam facere, nixi exemplo filiæfamilias,quæ & ipſa quodammodo domina eſt, & tamen patri furtum facit, & res in furtivam cauſam cadit, *l.ſervi, & filii noſtri, ff.de furtis*. Quæ tamen ſententiæ conciliari poſſunt, ſi dicamus, uxorem, & filiumfamilias non committere furtum nec rei, nec uſus, quia quodammodo domini, facere tamen furtum poſſeſſionis, quæ ſolius patris,& mariti eſt.

II. Intelligimus, cur in *l.*1. *ff.de Ritu nuptiarum*, uxor dicatur ſocia divini, & humani Juris. Quod Modeſtinus accepit ex lege Romuli, quam recitant Dionyſius *lib.*1. & Plutarcus in *Romulo*. Nam ſicuti filius, quod eſſet in familia patris, ſacra privata, ſeu gentilitia patris cuſtodire tenebatur, unde dicitur eſſe in ſacris parentum, *l.filiæ licet, C.de collationibus, l.*3.*C.de bonis matern.* ita uxor, quia erat in familia viri, ſacra privata viri ſui recipere lege Romuli fuit adſtricta. De his ſacris meminit Cic. *de ll.Plinius ad Trajan. Valer.*7.*hiſtor.*7.*Feſtus v.ſacer modus.* Hoc eodem ſenſu uxor divinæ, atque humanæ domus ſocia dicitur in *l.adverſus*, *C.de crim.expil.hered.*

III. Intelligimus, qua de cauſa uxoris votum a viro irritari poſſit, ex D.Auguſtino in *Can.noluit* 33.*q.*5. Id enim quoque eſt in filiofamilias,qui quamvis ex omnibus cauſis obligetur, ex voto tamen ſine patris conſenſu non obligatur, *l.*2. *§.voto,ff.de pollicitationibus.* Cujus vera ratio redditur ab Alciato 5. *parerg.*9. quia ſcilicet votum non ſecundum Jus gentium habet executionem, ſed ſecundum Jus publicum, quod inter cetera, in ſacris conſiſtit, *l.*1. *in princ. ff.de Juſtitia*, *& Jure*: filius autem ſacra propria non habet, ſed in paternis ſacris eſt, *d.l.filiæ licet*. Eadem ergo de cauſa, quia uxor utitur ſacris viri, *d.l.*1. *de Ritu nuptiarum*, propterea ſine auctoritate viri votum uxoris non conſiſtit, de qua re vide latius Sanchez 4. *ſummæ* 34. Leſſium 2. *de Juſtitia* 40.

IV. Intelligimus diſcrimen inter Jus Civile, & Prætorium; nam Præ-

Digitized by Google

Prætor, altero conjuge, ſive marito, ſive uxore, ab inteſtato obeunte, nullis relictis agnatis aut cognatis nono loco conjugem ſuperſtitem ad ſucceſſionem vocavit per bonorum poſſeſſionem Unde vir & uxor, *§.& cum de teſtatis, Inſtitutionibus de bonor.poſſeſſionib.* At de Jure civili, marito, ſi ſine liberis, & inteſtato diem obiiſſet, uxor heres erat: ſin filios reliquiſſet, æqualem cum his partem poſſidebat, Manutius *de legibus Romanis, pag.78.* quamvis & ipſa uti potuiſſet beneficio Prætoris, id eſt bonorum poſſeſſione Unde liberi. Rævardus tamen in *l.nuptias,ff.de reg.Jur.* opinatur, uxori per uſum competiiſſe Edictum *Unde vir,& uxor,* & uxori per coemtionem Edictum *Unde liberi.*

V. Intelligimus diſcrimen inter antiquam, & mediam Juriſprudentiam: quippe ſicuti ex veteri Jure pater habebat Jus vitæ neciſque in filium, quod deinde ſublatum fuit, *d.l.in ſuis.* Ita marito Jus necandi uxorem fuit, ſi aut impudica fuiſſet, aut venefica in liberos ſuos, aut etiam vinum ebibiſſet, ut ex lege Romuli notat Manutius *loc.cit.* Quod pariter ex media Juriſprudentia ſublatum fuit, *l.nec in ea, §.ſed qui, ff.ad l.Jul.de adulter.*

VI. Intelligimus textum in *l.Lucius, ff. de fideicomm. libert.* in illis verbis: *Cum itaque Seja uxor Lucii Titii abſtinuerit ab eadem hereditate.* Ubi denotatur matrimonium fuiſſe per coemtionem initum,factamque uxorem ſuum heredem viro; nam ſui heredis eſt abſtinere, ut extranei eſt repudiare, *l.ſi ſervus communis, ff.de acq.heredit.* Idipſum habetur in *l.Thais, §.Stichus, ff.cit.tit. de fideic.libert.* ibi: *Cum uxor ab hereditate abſtinuerit.*

Neque huic coemtioni repugnat, quod in *l.quod ſi per eam, ff.de Jure dotium,* maritus non dicatur coemtus, ſed emtor; nam, ut ibidem patet, maritus vocatur emtor non reſpectu uxoris, ſed dotis, nec reſpectu dotis cujuſcunque,ſed tantum æſtimatæ;quippe inquantum ad dotem inæſtimatam, quam adhuc non recepit, maritus eſt tantummodo creditor, ut conſtat ex *l.ex promiſſione, ff.de action.* ibi, *Creditor, aut emtor.*

II. Uſu, cum mulier auctoritate tutoris Ceſſitii, ſub cujus poteſtate erat, cum viro ita conſueſcebat, ut cum juſto marito: & ſi uſus ille intra annum non interrumpebatur, mulier pro uſucapta erat; quod ſi uxor trinoctio a viro aberat, uſus interruptus dicebatur. Ita ex legibus decemviralibus refert Gellius 3. *N.A.2.*

Ad hoc matrimonium uſu firmandum, interveniebat conteſtatio, jungi ſe liberorum procreandorum, vel quærendorum cauſa, de qua meminit Varro apud Macrobium 1. *Sat.12.* Valerius 7. *hiſt.7.* eaque conteſtatio Tabulis nuptialibus inſerebatur, Divus Auguſtinus 11. *de moribus Manichæorum,* illis verbis: *Ad hoc enim ducitur uxor, nam id etiam tabulæ indicant,ubi ſcribitur,liberorum procreandorum cauſa.* Alia congerit P.Antonius de Chavarri *par.1. cap.6.*

Verum hæc conteſtatio ſcripturam neceſſario non exigit, cum

 & ver-

Digitized by Google

& verbis fieri poſſit, Cajus in *l.4. ff.de fide inſtrumentorum*: *Et nuptiæ ſunt, licet atteſtatio ſine ſcriptis habita eſt*; & ſatis eſt, vicinos, alioſque ſciſse, *l.ſi vicinis*, *C.de nuptiis*. De ea conteſtatione capiendus eſt Conſtantinus in *l.uxor,C.de repudiis*, ibi: *Publice conteſtatione depoſita*;& Ulpianus in *l.ſi quis ingenuam, ff.de captivis*, cum ait: *Eo animo ſecum habuerit,ut ex ea ſuſciperet liberos.* Idem Ulpianus in *Fragm.tit.de Latinis, §.liberis*.

Cur autem atteſtatio exigeretur, varia opinio eſt. Verius eſt, inventam fuiſse, ne aliter ea conſuetudo potius amicæ, quam uxoris præſumtionem induceret. Ideo vero in hoc matrimonio duntaxat conteſtatio interveniebat, quia hoc ad ſolos liberos ſuſcipiendos contrahebatur; quippe in matrimonio uxor uſu manebat in ſacris patris, *d.l.filiæ licet*, & ſub patris poteſtate erat,eique acquirebat,*l.ſi uxorem* 5.*C.de conditionibus inſertis*: & patris Juſſu hereditatem adibat, *§.1.Inſtitut.de Senatuſc.Tertull.*

Et de matrimonio uſu capienda eſt lex Julia Miſcella, lata a Julio Miſcello, de qua Juſtinianus in *l.2. & 3. C.de indicta vid.toll.* & in *§.qui vero, auth.de nuptiis.* Ea cautum fuit, ut ſi vir uxori legaſſet ſub ea conditione, ne ad ſecundas nuptias veniret, intra annum legatum capere poſſet, & nubere, ſi marito juraſſet, *Procreandæ ſobolis gratia tantum ad ſecundas migrare nuptias*, ut verba ſunt Juſtiniani in *d. l.2.* ubi cum ait, *tantum*, palam indicat ex ea lege Julia permiſſum fuiſſe viduæ, cui ita legatum ſit, non quodcumque matrimonium inire, ſed illud unum, quod uſu celebratur; hoc enim fit *tantum* procreandæ ſobolis cauſa. Propterea non ſatis recte articulum illum, *tantum*, neglexit Antonius Auguſtinus in *legibus Juliis*.

Hæc eſt, quæ vulgaris uxor dicitur Ulpiano in *l.ſi uxor, §.1. ff.ad l. Juliam, de adult.* cum ait, in uxore vulgari adulterium locum habere: in eadem vidua ſtuprum non committi. Opinatus eſt Alciatus 2. *parerg.*40. Vulgarem uxorem eſſe ex adventitio vulgo,non ex cive Romana. Verius tamen eſt, eam dici vulgarem uxorem, cum qua matrimonium uſu fuiſſet contractum; nam in ea, quæ coemtione ducebatur, ubi vidua eſſet, ſtuprum locum habebat, ut intelligitur textus in *l.inter ſtuprum*, *ff. de verbor ſignif.* Ratio diſcriminis eſt, quia uxor coemtione tranſibat in familiam viri, quam etiam vidua retinet, *l.fœminæ,ff.de Senatoribus*, *l.filii, §.1. ff.ad municipalem.* Ut propterea nil mirum ſit, ſi etiam vidua ad caſtitatem ſervandam obligabatur, ne familiæ viri injuriam faceret; ejuſque concubitum pro ſtupro habitum eſſet, & legibus vindicatum. Quod utique in uxore uſu capta locum habere non poteſt, quæ in familiam viri non tranſibat, Cic.in *Topicis.* Ex quo Auctore notandum etiam eſt, uxorem proprie eſſe,quæ uſu fit;nam quæ per coemtionem proprie dicitur materfamilias;tamen,quia generatim uxoris nomen utramque comprehendit, ideo diſtinctionis gratia, illa dicta eſt uxor vulgaris Ulpiano, ut pariter Suetonio in *Vitellio cap.2.*

Hæc

Digitized by Google

Hæc quoque eſt, quæ Concubina vocatur in Concilio Toletano in *Can.*4. *diſt.*34. cujus hæc ſunt verba: *Is, qui non habet uxorem, & pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur: tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ſit conjunctione contentus.* Quod etiam ait Iſidorus in *Can. ſeq.* Ubi certum eſt, pro concubina non intelligi eam, cum qua nullum eſt matrimonium; nam talem habere non licet, D. Auguſtinus in *Can. audita, d. diſt.*34. Capi ergo debet de ea uxore, quæ uſu, & concubendo quæſita eſt, ſine coemtione: quæ vera uxor erat, licet non Juſta, id eſt non ſolemni ritu ducta, *d. l. ſi uxor, ff. ad l. Jul. de adult. l. Maſurius, ff. de verbor. ſignif.* vide Cujac. ad *tit. C. de concubinis*, & Merillum 3. *obſ.* 15. *& ſeq.* Hæc olim Jure Canonico non fuit prohibita. Hinc etiam eſt, quod Juſtinianus in *§. ſi quis igitur, auth. quibus modis naturales*, non aliud exigit, niſi dotalia inſtrumenta, ut concubina legitima uxor efficiatur: ideo ſcilicet nuptias non exigit, quia concubina jam nupta eſt uſu, licet ſine dote, quæ ſolum interveniebat in nuptiis per coemtionem.

III. Farre, ſeu Confarreatione uxor a Pontificibus ducebatur certis verbis, & teſtibus decem præſentibus, & meminit Ulpianus in *Fragm. tit.*9. nam in celebrandis nuptiis vir & uxor eodem pane farreo veſcebantur, quo etiam victimam reſpergebant. Unde ſacræ hæ nuptiæ *Farracia* dictæ ſunt, Dionyſius in *Romulo*: & earundem ſolutio, *Diſſarratio* apud Feſtum. Hæc uxor non minus, ac coemta, conveniebat in manum viri, Ulpianus *loc. cit.*

Hujus matrimonii apud nos nullus eſt uſus, & ceſſaſſe ſuis etiam temporibus confarreandi conſuetudinem, ſcribit Cornel. Tacitus *lib.*4. *annal.* Verum eſt enim in lege veteri Sacerdotibus matrimonium fuiſſe conceſſum, quia ſola Tribus Levi, & Domus Aaron Sacerdotalis erat, ceteris omnibus ab hoc munere excluſis. Ne igitur Levitarum genus deficeret, reparandum per conjugia erat. At in lege nova non carnis quærit ur ſucceſſio, ſed ſpiritus, translatoque Sacerdotio ad Tribum Juda, id eſt, ad Chriſtum, omnes, qui Chriſto in Sacerdotio ſuccedunt, caſtos eſse decet, ſicut & ipſe caſtus fuit. Eſt tamen diſcrimen inter Græcos, & Latinos; nam inter Græcos maritus poteſt ad ſacros ordines ſuſcipi, nec inde ab uxore divellitur, quod Latinis non permittitur, *Can. aliter diſt.*31. *cap. quæſitum, de pœnitentia, cap. cum olim, de Clericis conjugatis.* De qua re vide late apud Petrum Arcudium in *concordia Eccleſiæ Occidentalis, & Orientalis, lib.*7. *cap.*33. & deinceps.

Putat Cujacius ad *tit. Decretalium de Cler. conjug.* Jus non admittendi maritos in Clerum fuiſſe introductum a Gregorio VII. qui anno 1073. S.P. eſt creatus. Sed falli Cujacium patet ex Concilio Carthaginenſi, celebrato poſt Conſulatum Honorii XII. & Theodoſii VIII. hoc eſt, anno Chriſti 418. in quo Fauſtinus Legatus Romanæ Eccleſiæ dixit: *Placet, ut Epiſcopus, & Presbyter, & Diaconus, & omnes, qui ſacra contractant,*

& verbis fieri poſſit, Cajus in *l.4. ff.de fide inſtrumentorum*: *Et nuptiæ ſunt, licet atteſtatio ſine ſcriptis habita eſt*; & ſatis eſt, vicinos, alioſque ſciſse, *l.ſi vicinis, C.de nuptiis*. De ea conteſtatione capiendus eſt Conſtantinus in *l.uxor,C.de repudiis*, ibi:*Publice conteſtatione depoſita*;& Ulpianus in *l.ſi quis ingenuam, ff.de captivis*, cum ait: *Eo animo ſecum habuerit,ut ex ea ſuſciperet liberos.* Idem Ulpianus in *Fragm.tit.de Latinis, §.liberis*.

Cur autem atteſtatio exigeretur, varia opinio eſt. Verius eſt, inventam fuiſse, ne aliter ea conſuetudo potius amicæ, quam uxoris præſumtionem induceret. Ideo vero in hoc matrimonio duntaxat conteſtatio interveniebat, quia hoc ad ſolos liberos ſuſcipiendos contrahebatur; quippe in matrimonio uxor uſu manebat in ſacris patris, *d.l.filiæ licet*, & ſub patris poteſtate erat,eique acquirebat,*l.ſi uxorem 5.C.de conditionibus inſertis*: & patris Juſſu hereditatem adibat, *§.1.Inſtitut.de Senatuſc.Tertull.*

Et de matrimonio uſu capienda eſt lex Julia Miſcella, lata a Julio Miſcello, de qua Juſtinianus in *l.2. & 3. C.de indicta vid.toll.* & in *§.qui vero, auth.de nuptiis.* Ea cautum fuit, ut ſi vir uxori legaſſet ſub ea conditione, ne ad ſecundas nuptias veniret, intra annum legatum capere poſſet, & nubere, ſi marito juraſſet, *Procreandæ ſobolis gratia tantum ad ſecundas migrare nuptias*, ut verba ſunt Juſtiniani in *d. l.2.* ubi cum ait, *tantum*, palam indicat ex ea lege Julia permiſſum fuiſſe viduæ, cui ita legatum ſit, non quodcumque matrimonium inire, ſed illud unum, quod uſu celebratur; hoc enim fit *tantum* procreandæ ſobolis cauſa. Propterea non ſatis recte articulum illum, *tantum*, neglexit Antonius Auguſtinus in *legibus Juliis.*

Hæc eſt, quæ vulgaris uxor dicitur Ulpiano in *l.ſi uxor, §.1. ff.ad l. Juliam, de adult.* cum ait, in uxore vulgari adulterium locum habere: in eadem vidua ſtuprum non committi. Opinatus eſt Alciatus 2. *parerg.*40. Vulgarem uxorem eſſe ex adventitio vulgo,non ex cive Romana. Verius tamen eſt, eam dici vulgarem uxorem, cum qua matrimonium uſu fuiſſet contractum; nam in ea, quæ coemtione ducebatur, ubi vidua eſſet, ſtuprum locum habebat, ut intelligitur textus in *l.inter ſtuprum, ff. de verbor ſignif.* Ratio diſcriminis eſt, quia uxor coemtione tranſibat in familiam viri, quam etiam vidua retinet, *l.fæminæ,ff.de Senatoribus, l.filii, §.1. ff.ad municipalem.* Ut propterea nil mirum ſit, ſi etiam vidua ad caſtitatem ſervandam obligabatur, ne familiæ viri injuriam faceret; ejuſque concubitum pro ſtupro habitum eſſet, & legibus vindicatum. Quod utique in uxore uſu capta locum habere non poteſt, quæ in familiam viri non tranſibat, Cic.in *Topicis.* Ex quo Auctore notandum etiam eſt, uxorem proprie eſſe,quæ uſu fit;nam quæ per coemtionem proprie dicitur materfamilias;tamen,quia generatim uxoris nomen utramque comprehendit, ideo diſtinctionis gratia, illa dicta eſt uxor vulgaris Ulpiano, ut pariter Suetonio in *Vitellio cap.2.*

Hæc

Hæc quoque eſt, quæ Concubina vocatur in Concilio Toletano in *Can.4. diſt.34.* cujus hæc ſunt verba : *Is , qui non habet uxorem , & pro uxore concubinam habet,a communione non repellatur:tamen ut unius mulieris,aut uxoris,aut concubinæ,ſit conjunctione contentus.* Quod etiam ait Iſidorus in *Can.ſeq.* Ubi certum eſt,pro concubina non intelligi eam,cum qua nullum eſt matrimonium ; nam talem habere non licet , D.Auguſtinus in *Can.audita , d.diſt.34.* Capi ergo debet de ea uxore , quæ uſu , & concubendo quæſita eſt , ſine coemtione : quæ vera uxor erat , licet non Juſta, id eſt non ſolemni ritu ducta, *d.l.ſi uxor, ff.ad l.Jul.de adult. l.Maſurius , ff.de verbor. ſignif.* vide Cujac. ad *tit.C.de concubinis* , & Merillum 3.*obſ.*15. *& ſeq.* Hæc olim Jure Canonico non fuit prohibita . Hinc etiam eſt , quod Juſtinianus in *§. ſi quis igitur , auth. quibus modis naturales,* non aliud exigit, niſi dotalia inſtrumenta, ut concubina legitima uxor efficiatur: ideo ſcilicet nuptias non exigit, quia concubina jam nupta eſt uſu, licet ſine dote, quæ ſolum interveniebat in nuptiis per coemtionem .

III. Farre , ſeu Confarreatione uxor a Pontificibus ducebatur certis verbis , & teſtibus decem præſentibus , & meminit Ulpianus in *Fragm. tit.9.* nam in celebrandis nuptiis vir & uxor eodem pane farreo veſcebantur , quo etiam victimam reſpergebant . Unde ſacræ hæ nuptiæ *Farracia* dictæ ſunt,Dionyſius in *Romulo*:& earundem ſolutio,*Diffarratio* apud Feſtum . Hæc uxor non minus , ac coemta , conveniebat in manum viri , Ulpianus *loc.cit.*

Hujus matrimonii apud nos nullus eſt uſus,& ceſſaſſe ſuis etiam temporibus confarreandi conſuetudinem, ſcribit Cornel.Tacitus *lib.4. annal.* Verum eſt enim in lege veteri Sacerdotibus matrimonium fuiſſe conceſſum , quia ſola Tribus Levi , & Domus Aaron Sacerdotalis erat , ceteris omnibus ab hoc munere excluſis . Ne igitur Levitarum genus deficeret , reparandum per conjugia erat. At in lege nova non carnis quærit ur ſucceſſio, ſed ſpiritus , translatoque Sacerdotio ad Tribum Juda , id eſt , ad Chriſtum, omnes, qui Chriſto in Sacerdotio ſuccedunt, caſtos eſse decet, ſicut & ipſe caſtus fuit . Eſt tamen diſcrimen inter Græcos , & Latinos ; nam inter Græcos maritus poteſt ad ſacros ordines ſuſcipi , nec inde ab uxore divellitur , quod Latinis non permittitur , *Can. aliter diſt.31. cap.quæſitum, de pœnitentia , cap.cum olim , de Clericis conjugatis .* De qua re vide late apud Petrum Arcudium in *concordia Eccleſiæ Occidentalis , & Orientalis , lib.7. cap.33.* & deinceps.

Putat Cujacius ad *tit.Decretalium de Cler.conjug.* Jus non admittendi maritos in Clerum fuiſſe introductum a Gregorio VII. qui anno 1073. S.P. eſt creatus. Sed falli Cujacium patet ex Concilio Carthaginenſi, celebrato poſt Conſulatum Honorii XII. & Theodoſii VIII. hoc eſt , anno Chriſti 418. in quo Fauſtinus Legatus Romanæ Eccleſiæ dixit: *Placet,ut Epiſcopus , & Presbyter , & Diaconus, & omnes , qui ſacra contractant,*

Digitized by Google

tutoris Ceſſitii poteſtate, & in manum viri conveniebat. Itaque fiebat prioris ſtatus mutatio, & erat capite minuta, Cicero in *Topicis cap.*18. ibique Boetius.

Videntur ergo Jura uxoris, & filiæfamilias exæquata, quamvis uxor non filiafamilias, ſed materfamilias diceretur, Gellius *loc.cit.*

Ex quibus plura tamen Jure noſtro obſcura facile intelliguntur.

Primo intelligimus, cur in *l.*1.*ff.rerum amotarum*, uxor dicatur quodammodo domina rerum mariti. Concordat *l.quamvis, C.de furtis*, & *l.*4. *C.de crim. expil. hered.* Nempe id ad ſimilitudinem filiifamilias inductum eſt, qui & ipſe eſt quodammodo Dominus rerum paternarum, *l.in ſuis, ff. de lib.& poſth.* Quocirca quæſitum eſt, utrum uxor amovendo bona viri, furtum committere cenſeatur. Qua in re varie certatum eſt ab antiquis Juriſconſultis. Nam, ut habetur in *d.l.*1. Nerva & Caſſius negabant eſſe furtum, ex ſupradicta regula, quod uxor eſt quodammodo domina, & nemo in re ſua furtum committit. E contrario Sabinus & Proculus docebant, furtum eam facere, nixi exemplo filiæfamilias, quæ & ipſa quodammodo domina eſt, & tamen patri furtum facit, & res in furtivam cauſam cadit, *l.ſervi, & filii noſtri, ff.de furtis*. Quæ tamen ſententiæ conciliari poſſunt, ſi dicamus, uxorem, & filiumfamilias non committere furtum nec rei, nec uſus, quia quodammodo domini, facere tamen furtum poſſeſſionis, quæ ſolius patris, & mariti eſt.

II. Intelligimus, cur in *l.*1. *ff.de Ritu nuptiarum*, uxor dicatur ſocia divini, & humani Juris. Quod Modeſtinus accepit ex lege Romuli, quam recitant Dionyſius *lib.*1. & Plutarcus in *Romulo*. Nam ſicuti filius, quod eſſet in familia patris, ſacra privata, ſeu gentilitia patris cuſtodire tenebatur, unde dicitur eſſe in ſacris parentum, *l.filiæ licet, C.de collationibus, l.*3.*C.de bonis matern.* ita uxor, quia erat in familia viri, ſacra privata viri ſui recipere lege Romuli fuit adſtricta. De his ſacris meminit Cic. *de ll.Plinius ad Trajan. Valer.*7.*hiſtor.*7.*Feſtus v.ſacer modus.* Hoc eodem ſenſu uxor divinæ, atque humanæ domus ſocia dicitur in *l.adverſus, C.de crim.expil.hered.*

III. Intelligimus, qua de cauſa uxoris votum a viro irritari poſſit, ex D.Auguſtino in *Can.noluit* 33.*q.*5. Id enim quoque eſt in filiofamilias, qui quamvis ex omnibus cauſis obligetur, ex voto tamen ſine patris conſenſu non obligatur, *l.*2. *§.voto, ff.de pollicitationibus.* Cujus vera ratio redditur ab Alciato 5. *parerg.*9. quia ſcilicet votum non ſecundum Jus gentium habet executionem, ſed ſecundum Jus publicum, quod inter cetera, in ſacris conſiſtit, *l.*1. *in princ. ff.de Juſtitia, & Jure*: filius autem ſacra propria non habet, ſed in paternis ſacris eſt, *d.l.filiæ licet*. Eadem ergo de cauſa, quia uxor utitur ſacris viri, *d.l.*1. *de Ritu nuptiarum*, propterea ſine auctoritate viri votum uxoris non conſiſtit, de qua re vide latius Sanchez 4. *ſummæ* 34. Leſſium 2. *de Juſtitia* 40.

IV. Intelligimus diſcrimen inter Jus Civile, & Prætorium; nam

Præ-

Digitized by Google

Prætor, altero conjuge, ſive marito, ſive uxore, ab inteſtato obeunte, nullis relictis agnatis aut cognatis nono loco conjugem ſuperſtitem ad ſucceſſionem vocavit per bonorum poſſeſſionem Unde vir & uxor, §.*& cum de teſtatis, Inſtitutionibus de bonor.poſſeſſionib.* At de Jure civili, marito, ſi ſine liberis, & inteſtato diem obiiſſet, uxor heres erat: ſin filios reliquiſſet, æqualem cum his partem poſſidebat, Manutius *de legibus Romanis*, *pag.*78. quamvis & ipſa uti potuiſſet beneficio Prætoris, id eſt bonorum poſſeſſione Unde liberi. Rævardus tamen in *l.nuptias.ff.de reg.Jur.* opinatur, uxori per uſum competiiſſe Edictum *Unde vir,& uxor*, & uxori per coemtionem Edictum *Unde liberi*.

V. Intelligimus diſcrimen inter antiquam, & mediam Juriſprudentiam: quippe ſicuti ex veteri Jure pater habebat Jus vitæ neciſque in filium, quod deinde ſublatum fuit, *d.l.in ſuis*. Ita marito Jus necandi uxorem fuit, ſi aut impudica fuiſſet, aut venefica in liberos ſuos, aut etiam vinum ebibiſſet, ut ex lege Romuli notat Manutius *loc.cit.* Quod pariter ex media Juriſprudentia ſublatum fuit, *l.nec in ea, §.ſed qui, ff.ad l.Jul.de adulter*.

VI. Intelligimus textum in *l.Lucius*, *ff. de fideicomm. libert.* in illis verbis: *Cum itaque Seja uxor Lucii Titii abſtinuerit ab eadem hereditate*. Ubi denotatur matrimonium fuiſſe per coemtionem initum,factamque uxorem ſuum heredem viro; nam ſui heredis eſt abſtinere, ut extranei eſt repudiare, *l.ſi ſervus communis, ff.de acq.heredit.* Idipſum habetur in *l.Thais, §.Stichus, ff.cit.tit. de fideic.libert.* ibi: *Cum uxor ab hereditate abſtinuerit.*

Neque huic coemtioni repugnat, quod in *l.quod ſi per eam, ff.de Jure dotium*, maritus non dicatur coemtus, ſed emtor; nam, ut ibidem patet, maritus vocatur emtor non reſpectu uxoris, ſed dotis, nec reſpectu dotis cujuſcunque,ſed tantum æſtimatæ;quippe inquantum ad dotem inæſtimatam, quam adhuc non recepit, maritus eſt tantummodo creditor, ut conſtat ex *l.ex promiſſione, ff.de action.* ibi, *Creditor, aut emtor.*

II. Uſu, cum mulier auctoritate tutoris Ceſſitii, ſub cujus poteſtate erat, cum viro ita conſueſcebat, ut cum juſto marito: & ſi uſus ille intra annum non interrumpebatur, mulier pro uſucapta erat; quod ſi uxor trinoctio a viro aberat, uſus interruptus dicebatur. Ita ex legibus decemviralibus refert Gellius 3. *N.A.*2.

Ad hoc matrimonium uſu firmandum, interveniebat conteſtatio, jungi ſe liberorum procreandorum, vel quærendorum cauſa, de qua meminit Varro apud Macrobium 1. *Sat.*12. Valerius 7. *hiſt.*7. eaque conteſtatio Tabulis nuptialibus inſerebatur, Divus Auguſtinus 11. *de moribus Manichæorum*, illis verbis: *Ad hoc enim ducitur uxor, nam id etiam tabulæ indicant,ubi ſcribitur,liberorum procreandorum cauſa.* Alia congerit P.Antonius de Chavarri *par.*1. *cap.*6.

Verum hæc conteſtatio ſcripturam neceſſario non exigit, cum

Digitized by Google

& verbis fieri poſſit, Cajus in *l.4. ff.de fide inſtrumentorum*: *Et nuptiæ ſunt, licet atteſtatio ſine ſcriptis habita eſt*; & ſatis eſt, vicinos, aliosque ſciſse, *l.ſi vicinis, C.de nuptiis*. De ea conteſtatione capiendus eſt Conſtantinus in *l.uxor,C.de repudiis*, ibi:*Publice conteſtatione depoſita*;& Ulpianus in *l.ſi quis ingenuam, ff.de captivis*, cum ait: *Eo animo ſecum habuerit,ut ex ea ſuſciperet liberos*. Idem Ulpianus in *Fragm.tit.de Latinis, §.liberis*.

Cur autem atteſtatio exigeretur, varia opinio eſt. Verius eſt, inventam fuiſse, ne aliter ea conſuetudo potius amicæ, quam uxoris præſumtionem induceret. Ideo vero in hoc matrimonio duntaxat conteſtatio interveniebat, quia hoc ad ſolos liberos ſuſcipiendos contrahebatur; quippe in matrimonio uxor uſu manebat in ſacris patris, *d.l.filiæ licet*, & ſub patris poteſtate erat,eique acquirebat,*l.ſi uxorem 5.C.de conditionibus inſertis*: & patris Juſſu hereditatem adibat,*§.1.Inſtitut.de Senatuſc.Tertull.*

Et de matrimonio uſu capienda eſt lex Julia Miſcella, lata a Julio Miſcello, de qua Juſtinianus in *l.2. & 3. C.de indicta vid.toll.* & in *§.qui vero, auth.de nuptiis*. Ea cautum fuit, ut ſi vir uxori legaſſet ſub ea conditione, ne ad ſecundas nuptias veniret, intra annum legatum capere poſſet, & nubere, ſi marito juraſſet, *Procreandæ ſobolis gratia tantum ad ſecundas migrare nuptias*, ut verba ſunt Juſtiniani in *d. l.2.* ubi cum ait, *tantum*, palam indicat ex ea lege Julia permiſſum fuiſſe viduæ, cui ita legatum ſit, non quodcumque matrimonium inire, ſed illud unum, quod uſu celebratur; hoc enim fit *tantum* procreandæ ſobolis cauſa. Propterea non ſatis recte articulum illum, *tantum*, neglexit Antonius Auguſtinus in *legibus Juliis*.

Hæc eſt, quæ vulgaris uxor dicitur Ulpiano in *l.ſi uxor, §.1. ff.ad l. Juliam, de adult.* cum ait, in uxore vulgari adulterium locum habere: in eadem vidua ſtuprum non committi. Opinatus eſt Alciatus 2. *parerg.*40. Vulgarem uxorem eſſe ex adventitio vulgo,non ex cive Romana. Verius tamen eſt, eam dici vulgarem uxorem, cum qua matrimonium uſu fuiſſet contractum; nam in ea, quæ coemtione ducebatur, ubi vidua eſſet, ſtuprum locum habebat, ut intelligitur textus in *l.inter ſtuprum, ff. de verbor ſignif.* Ratio diſcriminis eſt, quia uxor coemtione tranſibat in familiam viri, quam etiam vidua retinet, *l.fœminæ,ff.de Senatoribus, l.filii, §.1. ff.ad municipalem.* Ut propterea nil mirum ſit, ſi etiam vidua ad caſtitatem ſervandam obligabatur, ne familiæ viri injuriam faceret; ejusque concubitum pro ſtupro habitum eſſet, & legibus vindicatum. Quod utique in uxore uſu capta locum habere non poteſt, quæ in familiam viri non tranſibat, Cic.in *Topicis*. Ex quo Auctore notandum etiam eſt, uxorem proprie eſſe,quæ uſu fit;nam quæ per coemtionem proprie dicitur materfamilias;tamen,quia generatim uxoris nomen utramque comprehendit, ideo diſtinctionis gratia, illa dicta eſt uxor vulgaris Ulpiano, ut pariter Suetonio in *Vitellio cap.2.*

Hæc

Digitized by Google

Hæc quoque eſt, quæ Concubina vocatur in Concilio Toletano in *Can.*4. *diſt.*34. cujus hæc ſunt verba : *Is , qui non habet uxorem , & pro uxore concubinam habet, a communione non repellatur: tamen ut unius mulieris, aut uxoris, aut concubinæ, ſit conjunctione contentus.* Quod etiam ait Iſidorus in *Can.ſeq.* Ubi certum eſt, pro concubina non intelligi eam, cum qua nullum eſt matrimonium ; nam talem habere non licet , D.Auguſtinus in *Can.audita , d.diſt.*34. Capi ergo debet de ea uxore, quæ uſu , & concubendo quæſita eſt , ſine coemtione : quæ vera uxor erat , licet non Juſta, id eſt non ſolemni ritu ducta, *d.l.ſi uxor, ff.ad l.Jul.de adult. l.Maſurius , ff.de verbor. ſignif.* vide Cujac. ad *tit.C.de concubinis* , & Merillum 3.*obſ.*15. *& ſeq.* Hæc olim Jure Canonico non fuit prohibita . Hinc etiam eſt , quod Juſtinianus in *§. ſi quis igitur , auth. quibus modis naturales*, non aliud exigit, niſi dotalia inſtrumenta, ut concubina legitima uxor efficiatur: ideo ſcilicet nuptias non exigit, quia concubina jam nupta eſt uſu, licet ſine dote, quæ ſolum interveniebat in nuptiis per coemtionem .

III. Farre , ſeu Confarreatione uxor a Pontificibus ducebatur certis verbis , & teſtibus decem præſentibus , & meminit Ulpianus in *Fragm. tit.*9. nam in celebrandis nuptiis vir & uxor eodem pane farreo veſcebantur , quo etiam victimam reſpergebant . Unde ſacræ hæ nuptiæ *Farracia* dictæ ſunt, Dionyſius in *Romulo*: & earundem ſolutio, *Diffarratio* apud Feſtum . Hæc uxor non minus , ac coemta , conveniebat in manum viri , Ulpianus *loc.cit.*

Hujus matrimonii apud nos nullus eſt uſus, & ceſſaſſe ſuis etiam temporibus confarreandi conſuetudinem, ſcribit Cornel.Tacitus *lib.*4. *annal.* Verum eſt enim in lege veteri Sacerdotibus matrimonium fuiſſe conceſſum , quia ſola Tribus Levi , & Domus Aaron Sacerdotalis erat , ceteris omnibus ab hoc munere excluſis . Ne igitur Levitarum genus deficeret , reparandum per conjugia erat. At in lege nova non carnis quærit ur ſucceſſio, ſed ſpiritus , translatoque Sacerdotio ad Tribum Juda , id eſt , ad Chriſtum, omnes, qui Chriſto in Sacerdotio ſuccedunt, caſtos eſse decet, ſicut & ipſe caſtus fuit. Eſt tamen diſcrimen inter Græcos , & Latinos ; nam inter Græcos maritus poteſt ad ſacros ordines ſuſcipi , nec inde ab uxore divellitur , quod Latinis non permittitur , *Can. aliter diſt.*31. *cap.quæſitum, de pœnitentia , cap.cum olim , de Clericis conjugatis* . De qua re vide late apud Petrum Arcudium in *concordia Eccleſiæ Occidentalis , & Orientalis , lib.*7. *cap.*33. & deinceps.

Putat Cujacius ad *tit.Decretalium de Cler.conjug.* Jus non admittendi maritos in Clerum fuiſſe introductum a Gregorio VII. qui anno 1073. S.P. eſt creatus. Sed falli Cujacium patet ex Concilio Carthaginenſi, celebrato poſt Conſulatum Honorii XII. & Theodoſii VIII. hoc eſt , anno Chriſti 418. in quo Fauſtinus Legatus Romanæ Eccleſiæ dixit: *Placet, ut Epiſcopus , & Presbyter , & Diaconus, & omnes, qui ſacra contractant,*

pudicitiæ cuſtodes, ab uxoribus ſe abſtineant. Et ab univerſis Epiſcopis reſponſum eſt: *Placet, ut in omnibus pudicitia cuſtodiatur, qui altari inſerviunt*. Extat in *Codice Canonum Eccleſiæ Africanæ can.4.* Quapropter recte a Lamberto monacho, cujus auctoritate utitur Cujacius, dictum eſt, id a Gregorio VII.factum eſſe ſecundum inſtituta antiquorum Canonum: & male Cujacius id verum eſſe negat.

Ex quibus omnibus ſatis conſtat, hodie nullas ferme alias ſupereſſe nuptias, niſi quæ per coemtionem fiebant. Supereſſe, inquam, tam in quantum ad ſolemnitatem, cum dote coemtio fiat: quippe aſſis Cajanus erat loco imaginarii pretii, verum pretium erat dos; quam in quantum ad effectus, ut ſit juſta uxor, & tranſeat in familiam viri: hoc uno excepto, quod viro ſuæ heredis loco non eſt, & proinde in ejus poteſtatem non tranſit. Quare in quantum ad hanc partem remanent nuptiæ uſu. In noſtra tamen Urbe ex *Conſuet.1. de filiaſfamilias nubente*, quia filia per nuptias ſolvitur e patrio Jure, videtur etiam in hoc aſſimilari uxori per coemtionem.

Quia vero hodie ſemper uxor tranſit in familiam viri, quam etiam vidua retinet, eapropter vigere debet textus in *d. l.inter ſtuprum, ff.de verbor.ſignif.* abrogato textu in *d.l.ſi uxor, §.1. ff. ad l.Juliam de adulteriis*; cum nulla hodie ſit uxor vulgaris; quamvis in foro contrarium acceptum ſit.

SOLUTO

Pars Secunda Rubricæ.

MAtrimonium Jure Civili dirimitur tribus modis, divortio, morte, captivitate, vel alia contingente ſervitute alterutrius Conjugum, *l.1. ff.de divortiis*. Quod attinet ad captivitatem, uxor ejus, qui in hoſtium poteſtatem pervenit, non poterat ad alias nuptias migrare, niſi de marito nihil per quinquennium inauditum eſſet, *l.uxores, ff.cit.tit.* idque deinde Conſtantinus ad quadriennium reſtrinxit, *l.uxor, C.de repudiis.* Quæ omnia tamen a Juſtiniano ſublata ſunt, qui niſi morte viri comperta, uxorem alias celebrare nuptias prohibuit, *auth.hodie, C.cit.tit.*

Divortium fiebat in hæc verba, *Res tuas tibi habeto*, item in hæc, *Tuas res tibi agito, l.2. §.1. ff.de divortiis*. Et multæ divortii cauſæ erant, veluti ob ſacrilegium, ob inſidias alterius conjugis vitæ factas, ob adulterium, cauſaſque alias, de quibus in *l.conſenſu, & l.pen. cum ſeq. C.de repudiis*. Præterea licitum erat a conjuge divertere communi conſenſu, ſine alia cauſa, quod *bona gratia* fieri dicebatur, *l.ſi conſenſu, C.cit.tit.* Solum matrimonium Flaminis Dialis, Sacerdotis Jovis, niſi morte dirimi Jus non erat, ut Feſtus, & Gellius ſcribunt.

Et ſeparatur divortium a friguſculo, quod eſt cum ex ſubita ira, & le-

& levi jurgio amor conjugalis refrixit, *l.cum hic ſtatus*, *§.ſi divortium*, *ff.de donationibus inter virum*, *l.quod ſi non* 32. *ff.de Jure dotium*, conjuncta *l.ſi liberis*, *ff.de pactis dotalibus*. In Pandectis Florentinis legitur *Fribuſculum*, quod Briſſonius emendat in *Frivuſculum*, hoc eſt rem maxime frivolam, *lib.6. de verbor.ſignif.*

Verum, quia matrimonium in eadem ratione contractus fuit a Chriſto elevatum ad Sacramentum, ideo decernere de matrimonio ſolius Eccleſiæ eſt, quæ abrogatis Juris civilis in hac re legibus, ſtatuit, nullum matrimonium, niſi per mortem dirimi. Hac tamen adhibita diſtinctione, ut matrimonium conſummatum ſemper & ubique inſolubile ſit in quantum ad vinculum, licet quandoque accidat ſeparari, in quantum ad cohabitationem, & torum: ratum vero licet inſolubile, queat tamen diſſolvi ex œconomia, ſeu diſpenſatione S.Pontificis. Potius autem interpretatio eſt Juris Divini, quam diſpenſatio. Quæ diſpenſatio duplex eſt, una legalis, id eſt inſerta in corpore Juris, & eſt, ubi alter conjugum religionem profitetur, *cap.ex publico, de converſ.conjugat. Trid.ſeſſ.*24. *can.*6. altera judicialis, & eſt, cum S.Pontifex alia juſta cauſa matrimonium diſſolvit, ut de Martino V. & Eugenio IV. refert D. Antoninus *par.*3. *tit.*1. *cap.*21. *§.*3. & de aliis multis Cajetanus in *opuſc.de matrimonio quæſt.un.*

Horum omnium ratio dependet ex verbis Apoſtoli ad *Epheſ.*5. ubi ait: *Matrimonium magnum eſſe Sacramentum in Chriſto, & Eccleſia*; id eſt propterea eſſe magnum, quia eſt ſignum ſpiritualis conjunctionis inter Chriſtum, & Eccleſiam, ut explicatur a Concilio Florentino in Decreto unionis Armeniorum. Hæc autem Chriſti conjunctio duplex eſt, una quæ eſt inter Chriſtum, & animam Juſti per gratiam, & cum Eccleſia per charitatem, quæ Eccleſia ex Juſtis conſtat. Et hujus conjunctionis ſignum eſt matrimonium ratum: propterea quia conjunctio cum anima eſt ſolubilis per peccatum, ideo matrimonium ratum pariter diſſolvi poteſt ex S.Pontificis œconomica poteſtate. Altera Chriſti conjunctio eſt cum tota Eccleſia, non tantum per charitatem, ſed per myſterium conjunctionis Verbi cum natura humana hypoſtatice. Et hujus ſignum eſt matrimonium conſummatum: quare iſtud erit omnino inſolubile, ſicut illa inſolubilis quoque eſt verbis Chriſti *Matth.ult. Ecce ego vobiſcum ſum uſque ad conſummationem ſeculi.* Vide Arcudium *d.lib.*7. *cap.*16. ubi Ambroſii Catharini objectiones contra hanc ſignificationem conjunctionis Chriſti cum Eccleſia, eleganter diſſolvit.

Hinc factum eſt, ut quidam Canoniſtæ, & Theologi reprehendant Juſtinianum, quod tractatum divortii e corpore Juris non ſuſtulerit, peccantem contra Jus divinum, quod ait, *Quod Deus conjunxit, homo non ſeparet, Matth.*19. Excuſatur tamen Juſtinianus ab Alciato 6.*parerg.*20. ex eo, quod Veteres tempore Juſtiniani, illud *Homo non ſeparet*, interpretabantur de eo, qui humanis affectibus ductus, nulla graviori culpa divertebat, ſecus ſi ex legitima diſſidii cauſa, quam apud Epiſcopos Provincia-

Digitized by Google

les dixiſſet; ut declaratur in *Concilio Agathenſi cap.25.* & ſenſit D. Ambroſius in 1. *Pauli ad Corinth. cap.7.* donec Divus Auguſtinus contrarium docuit, duobus in *Pallentium* libris. Vide ipſum Alciatum, qui etiam excuſat Juſtinianum, quod titulum de uſuris a Digeſtis, & Codice non amoverit, quia verba Chriſti *Lucæ 6. Mutuum dantes, nihil inde ſperantes*, pro conſilio, non pro præcepto Veteres acceperunt. Quam tamen interpretationem reprobant communiter Theologi cum D.Thom.2.2. *q.78. art.1.* qui dare mutuum eſſe conſilium, lucrum de mutuo non quærere, eſſe præceptum docet, & aliter leges civiles excuſat, nempe dimittere eas aliqua peccata impunita ob imperfectam hominum conditionem.

Relicta ergo excuſatione Alciati, dicimus ex eodem D. Thoma in *additionibus ad 3.partem, qu.67. art.3.* & ex Durando in 4. *diſt.33. q.3.* Juſtinianum uſum exemplo Moſis, qui permiſit Hebræis libellum repudii propter duritiam cordis eorum, ut interpretatur Chriſtus *Matth.19.* id eſt, quia Moſes, ſi prohibuiſſet, ob Hebræorum pervicaciam, magis timebat de malo, quam de emendatione ſperabat. Ita ergo Juſtinianus ob corruptam ſuorum temporum conditionem, ne quid deterius ſequeretur, divortium permiſit; ſcilicet, ne mariti calor & impetus ad occidendam uxorem procurreret. Quam ſane rationem reddit Juſtinianus Junior Imperator *Novell.2.*

Gravis tamen controverſia eſt, an divortium, ſeu vinculi conjugalis ſolutio licita ſit ob uxoris adulterium? Et quidem Græci affirmant ex *Evang. Matth.19.* cum Chriſtus ait: *Quicumque dimiſerit uxorem ſuam, niſi ob fornicationem, & aliam duxerit, mœchatur.* Inferunt Græci a contrario ſenſu; Ergo qui dimittit ob fornicationem, & aliam ducit, non mœchatur. Quæ ſententia inter Latinos videtur fuiſſe D. Ambroſii in 1. *ad Corinth.7.* & ſequuti ſunt Cajetanus in *Comment. ad Matth. loc.cit.* & Catharinus in *opuſc.de matr. qu.ult.*

Vera tamen ſententia eſt, ob adulterium nullo modo vinculum matrimonii diſſolvi, quamvis ſeparatio cohabitationis licita ſit. Quod de fide eſt ex Concilio Eliberitano *Can.9.* & clarius ex Milevitano *Can.17.* & *Trident. ſeſſ.24. cap.7.* nempe quia matrimonium conſummatum eſt ſignum conjunctionis Chriſti cum Eccleſia per myſterium conjunctionis hypoſtaticæ Verbi cum natura humana, quæ conjunctio inſolubilis eſt; quare & matrimonium conſummatum erit inſolubile, ut diximus.

Quod attinet ad verba Chriſti apud Matthæum, dicimus illud, *Niſi ob fornicationem*, non reſpicere, niſi dimiſſionem, & primam partem ſententiæ, non etiam ſecundam. Itaque Dominus ait duo, alterum, non licere dimittere uxorem, inquantum ad torum, niſi ob fornicationem: alterum, non eſſe licitum dimittere ex quavis cauſa, inquantum ad vinculum: quod quidem eſſet, ſi alteram duceret; tunc enim mœcharetur. Itaque prædicta Chriſti verba æquivalent iſtis, *Licet uxorem dimittere ob fornicationem;* *ſed*

ſed ſi dimiſſor aliam ducit, mœchatur. Quæ explicatio eſt D.Pauli 1.*ad Corinth.7. His*, inquit, *qui matrimonio juncti ſunt, præcipio non ego, ſed Dominus, uxorem a viro non diſcedere, & vir uxorem non dimittat*. Tum ſubdit Paulus: *Quod ſi diſceſſerit, manere innuptam, aut viro ſuo reconciliari*. Ex quibus aperte conſtat, Chriſtum docere, matrimonium per diſceſſionem non ſolvi, inquantum ad vinculum, cum uxor manere debeat innupta, vel viro reconciliari: diſceſſio autem ea eſt, quæ ob adulterium fit. Vide latius Bellarm. 1.*de matrimonio* 15.*cum duob.ſeqq*. Gregorium de Valentia *libro ſingulari de inſolubilitate matrimonii*, *cap.3. cum duobus ſeqq*. Arcudium *l.lib.7. a cap.2. ad 26*.

D O S.

Pars Tertia Rubricæ.

NOn eſt hic Nobis ſermo generatim de omni dote, prout apud gentes varias toto terrarum orbe diffuſas uſurpatur, ſed de ea tantum, quæ ex Jure Romano deſcendit. Quippe apud pleraſque gentes obſervatum eſt, ut maritus uxori dotem conſtitueret, quod de Sichimis in Syria patet *Geneſ.34.* ubi Sichem cum peteret in uxorem Dinam Jacobi filiam, quam vitiaverat, ſe tantum dotis, & doni eſſe daturum pollicetur, quantum Patri placeret. Idipſum viguiſſe apud Hebræos probatur ex multis Sac. Scripturæ locis, præcipue ex 1. *Reg.*18. nam David ducturus in uxorem Michol filiam Regis Saul, excuſat ſe, quod pauper eſſet, neque tantæ uxori dotem ſtatuere poſſet. Cui reſpondet Saul, non alia dote opus eſſe, niſi ut ipſe David centum Palæſtinos neci tradat. De veteribus Germanis etiam fatetur Tacitus *libro de moribus Germanorum*.

Hodie quoque Turcæ, Perſæ, & quotquot impuri Macometis legem ſequuntur, hoc Jure utuntur ex Alkorano in *Azoar de fœminis*. Imo omnes Orientis Chriſtianæ, cum nubunt, dotem a maritis accipiunt, teſte Joann. Cotovico *Itinerarii Hieroſolym. cap.9.*

Contrarium omnino eſt de Jure Attico, ex quo uxor marito dotem præſtat, quod imitati ſunt Romani, Salmaſius *de modo uſurarum, cap.4.* quem vide. Itaque Romanorum Jure attento, Dos conſiderari poteſt, vel de Jure antiquo, ex quo dos interveniebat non in nuptiis uſu, ſed in iis, quæ per coemtionem fiebant; ideo definitur, *Pecunia, qua uxor a viro Jus ſuæ heredis coemit*. Virgilius:

Teque ſibi generum Thetis emat omnibus undis.

Quæ verba de matrimonio per coemtionem explicat etiam Antonius Auguſtinus ad *ll.XII.tabularum*. Vel de Jure novo, quo coemtio ſublata eſt, & definitur, *Jus pecuniæ viro conſtitutum ad matrimonii onera ſubſtinenda*. Ita Cujacius ad Ulpiani *fragm. tit.3.* poſt alios. Vincentius Alſanus *de vera ſubſtantia dotis cap.7. & ſeq.* Explicatur definitio.

Digitized by Google

Dicitur *Jus*; Dotis enim ſignificatio duplex eſt, Naturalis, & Civilis, Soccinus nepos hic, *par.3. n.13.* Alciatus hic, *v.Dos*. Naturaliter Dos eſt pecunia, quæ datur marito uxoris nomine, quæ proprie res dotalis dicitur, ut in noſtra Rubrica *de repetitione dotis*. Civiliter non eſt, niſi Jus ejuſdem pecuniæ, ut in *tit.ff.de Jure dot.* Et ratio eſt, quia rerum quædam ſunt facti, quædam juris: & ea facti dicuntur eſſe, quæ a natura originem habent, & a natura eſt ut ſint, vel non ſint, veluti eſt corpus: ea vero ſunt Juris, quæ a lege eſt ut ſint, vel non ſint, ſeu a lege introducta ſunt, ut magis intelligantur eſſe, quam ſint, *§.1. Inſtitutionibus de libertinis*, ubi Pacius. Cum ergo dos non ſit a natura, ſed a lege ſive gentium, ſive civili, omnino fit, ut Jus dicenda ſit, & a rebus dotalibus diſtinguatur, ut hereditas a rebus hereditariis, & hypotheca a re hypothecata diſtinguitur, ſicuti diſputat Vultejus *diſcept.19.* qui recte notat, hanc inter rem & Jus diſtinctionem ſatis frequentatam eſſe in Jure noſtro, & eam ignoratam, vel neglectam, multas nobis in Juris diſciplina difficultates peperiſſe, quæ illa cuſtodita, nullo negotio tolli poterant.

Idipſum conſtat ex *l.quod dicitur, ff.de impenſis in rebus dotalibus*, ubi impenſæ neceſſariæ minuunt dotem, licet res dotales non minuantur. Et ex *l.ſi a matre, C.de Jure dotium*, ubi datio in dotem aperte pro *Juris datione* interpretatur.

Dicitur *pecunia*; ex hac enim oritur Jus ab ea ipſa pecunia ſeparatum. Quamvis autem apud Philoſophos Morales vera dos puellarum Judicetur caſtitas, & inſtitutio ab optimis parentibus. Unde Horatius:

Dos eſt magna parentium
Virtus, & metuens alterius viri
Certo fœdere caſtitas;
Et peccare nefas, aut pretium eſt mori:

Tamen apud Juriſconſultos non alia cognoſcitur dos, niſi quæ in pecunia conſiſtit: & nomine pecuniæ veniunt res quæcunque in noſtro commercio ſunt, *l.pecuniæ nomine, ff.de verbor.ſignif.* Quapropter dos recte conſtituitur in rebus ſoli, ut in *tit. ff.de fundo dotali*: & in rebus mobilibus, *l.res in dotem, ff.de Jure dotium*: & in incorporalibus, veluti in hereditate, uſufructu, nominibus debitorum, *l.nec ullam, §.item, ff.de petit. hered. l.intereſt, C.de uſufr. l.un. §.exactio, C.de rei uxor.act.*

Dicitur *viro*, ut diſtinguatur dos a donatione propter nuptias, quæ opponitur doti; nam ſicuti dos eſt, quæ datur marito uxoris nomine, ita donatio propter nuptias eſt, quæ uxori datur mariti nomine, in compenſationem dotis, & ad æqualitatem ſervandam, *l.1. & 2. C. de donationibus ante nuptias*, Cujacius *5. obſerv.4.* qui donationem propter nuptias eleganter dotem mariti vocat. Ea in dotem a muliere plerumque redigebatur, *l generaliter, §.hac obſervari, C.de ſecundis nuptiis.*

Dicitur *Conſtitutum*. Olim dos conſtituebatur datione, dictione, promiſſione, Ulpianus in *fragm. tit.6. de dotibus*. Datio erat cum tradi-

tione

tione fundi dominium in virum transferebatur, §.ſic itaque, *Inſtitut. de actionib.* Dictio recenſebatur inter ſpecies verborum obligationis, & erat, cum nulla præcedente interrogatione dos marito ſive de mobilibus, ſive de fundis dicebatur: quæ dictio non erat omnibus indiſtincte permiſſa, ſed ſolum mulieri, debitori mulieris, ſi juſſu ejus dotem diceret, & demum parenti virilis ſexus, Cajus 2. *Inſtit.9. de obligationib.* In dictione dotis hæc formula ſolemnis erat, *Decem tibi doti erunt*, *l.nuptura*, *l.ſi mulier ita*, *l.quemadmodum*, *§.pen.ff.de Jure dotium*, Cujacius ad *tit. C.de dotis promiſſ.* Promiſſio fiebat per ſtipulationem, quæ poterat a quocunque fieri, *l.promittendo*, *ff. de jure dotium*. Quod Jus hodie etiam viget, nec eſt immutatum, niſi in hoc, quod dictio vulgo omnibus permittitur, non ſecus quam promiſſio, *l.ad exactionem*, *C.de dotis promiſſione*, *l.un. C.de rei uxoriæ action.* Verum tamen eſt, hodie eſſe ſublatam ſolemnitatem dotis dicendæ. Ob quam cauſam ex *l.Theodoſ.ad exactionem*, *C. de dotis promiſſ.* ubi legebatur, *Etſi dictio, vel ſtipulatio, &c.* Tribonianus vocem, *dictio*, ſubſtulit. Idem fecit in *l.1. C.de Jure dotium.*

Dicitur tandem, *Ad matrimonii onera ſubſtinenda*; nam finalis cauſa dotis conſtituendæ eſt, ut ex ejus fructibus poſſit maritus uxorem, liberoſque inde naſcituros alere, & cetera onera ferre, quæ matrimonium comitantur, ut conſtat ex *l.ſi is, qui Stichum*, *§.1. ff.de Jure dotium*, in hæc verba: *Ibi dos eſſe debet, ubi onera matrimonii ſunt.* Concordant textus in *l.fructus dotis*, *l.ſi pater in fine*, *ff.cit.tit. l.ſi maritus*, *ff.fam.erciſc. l.pro oneribus*, *C.de Jure dotium*. Non tamen neceſſe eſt, ut dos ad omnia matrimonii onera ſit ſatis, *cap.ſalubriter, de uſuris*: quæ onera mariti ducenta, uxoris centum numerat Gilbertus in *quæſtionibus Æconomicis*. Proinde dos, quamvis permodica, vera dos eſt, *l.Neratius*, *§.ſi maritus*, *ff.de religioſis.*

COROLLARIA.

EX hactenus dictis plura colliguntur.

Et I. ubi matrimonium non eſt, ibi nec dotem eſſe, cum dos deſervire debeat ad onera matrimonii, & ubi matrimonium nullum eſt, ibi nec onera ſunt, & proinde neque dos, *l.ult. C.de donationib.ante nuptias*, *l.3. C.de Jure dotium*; quamvis e contrario matrimonium ſine dote conſiſtat, ut olim erat de eo, quod uſu contrahebatur, *l.quod ſi nulla*, *ff.de religioſis*, *auth.præterea*, *C.unde vir.* Ita *gl.in l.divortio*, *§.ob donationem*, *ff.eod.* Ruinus hic a *num.157.* Alciatus *num.47.* Connanus 8. *comment.9. num.6.*

Unde rejicienda opinio Bartoli, & aliorum hic, qui dotem eſſe etiam ante matrimonium contractum, & poſt matrimonium ſolutum docent; Sicut etiam rejicienda eſt opinio Coraſii in *l.qui liberas num.79. ff. de ritu nuptiarum*, & Fachin.10. *contr.27.* qui licet concedant, dotem in fieri pendere a matrimonio, negant tamen id verum eſſe in conſervari; & mo-

Digitized by Google

ventur tum ex noſtra rubrica, ubi ſoluto matrimonio dos peti dicitur; tum etiam, quia ſoluto matrimonio privilegia dotis permanent.

Verum utramque opinionem falſam eſſe, conſtat ex generali ratione jam ſupra poſita, & præterea probatur in ſpecie.

Nam quod dos non ſit ante matrimonium contractum, habetur ex *l.tali*, *ff.de Jure dotium*, ubi in ſtipulatione iſta, *Decem in anno proximo dotis nomine dare ſpondes?* annus non eſt numerandus ex die ſtipulationis factæ, ſed ex die nuptiarum; nempe quia, ut Juriſconſultus ait, ex eo die eſſe poteſt. Ita quia teſtamentum non habet vim, niſi poſt mortem, ideo ſi quis teſtando dixerit, *Poſt annum, quam hoc teſtamentum factum erit, liber eſto*, annus a morte incipit computari, *l.qui duos*, *§.1. ubi gl. ff.de manum.teſtamento.*

Habetur etiam ex *l.dotis promiſſio*, *ff.de Jure dotium*, ubi ſi puella minor annis 12. ut major deducta ſit in viri domum, dos promiſſa non petetur, niſi poſtquam puella major annis 12. apud virum eſſe cœperit. Rationem reddit ibi Papinianus, quia omnis dotis promiſſio futuri matrimonii tacitam conditionem habet; & matrimonium legitimum cum puella eſſe non poteſt, niſi pubes ſit.

Habetur tandem ex *l.1. in princ. ff.pro dote*, ubi ſi ſponſa ea mente res ſponſo tradiderit, ut ſtatim ejus fiant, & tamen res alienæ ſint, Julianus ait, a ſponſo uſucapi poſſe. Quod Ulpianus ita interpretatur, ut ſponſus ante nuptias non pro dote uſucapiat, ſed pro ſuo.

Neque nos moveat, privilegium prælationis, quod habet mulier in repetenda dote, dari etiam ſponſæ, quæ dotem dedit, ſi poſtea renunciatum ſit nuptiis, *l.2. §.fin. cum duab.ll.ſeqq. ff.de priv.creditorum*, *l.ſi ſponſa*, *ff.de Jur.dot.* Non enim factum eſt, quia proprie dos ſit, ſed quia data dotis nomine, & ſpe; nam Reipublicæ intereſt, ut id quod mulieres doti deſtinarunt, in ſolidum conſequantur, ut deinde invento alio marito nubere poſſint. Quæ eſt ratio expreſſa a Paulo in *d.l.3. ff.de priv.creditor.* Unde in *d.l.ſi ſponſa* dicitur, hoc caſu privilegium concedi, *exemplo dotis*. Præterea, quod dotis nomine datum eſt, non repetitur actione dotali, ſed condictione cauſa data, cauſa non ſequuta, *d.l.2. §.fin.* Cujacius ad *tit. C.de Jur.dot.*

Nec longe abeſt, quod fundus nomine dotis ſponſo traditus ex lege Julia alienari, & obligari non poteſt. Etſi enim lex Julia de fundo dotali locuta ſit, tamen id ad fundum ſponſo traditum traductum eſt, quia lex Julia plenius interpretanda erat, ut dicitur a Cajo in *l.4.ff.de fundo dotali*, id eſt, quia prædium iſtud ex deſtinatione dotale eſt, ut ibi Gloſſa notat.

Quod vero dos non ſit matrimonio ſoluto, palam eſt ex *d.l.1.§.1.ff.pro dote*, ubi cum Ulpianus dixiſſet, conſtante matrimonio pro dote uſucapionem locum habere, ſtatim ſubdit: *Ceterum ſi ceſſet matrimonium, Caſſius ait ceſſare uſucapionem, quia dos nulla ſit*. Fachineus tamen conatur id argu-

mentum

Digitized by Google

mentum eludere, interpretando illud *ceſſet*, *pro nullum ſit*; ex *l.ſi concubina, ff.de action.rer.amotarum.* Reſpondendum tamen id quandoque verum eſſe, non tamen ſemper; imo obvia ejus verbi ſignificatio eſt, ut denotet finem, *l.is cui*, *§.Imperator*, *§.ceſſantia, ff.ut in poſſeſſionem legatorum, l.3.ff.ne quid in flumine publico, cap.cum ceſſante, de appellationib.* Et ita quidem in citatis Ulpiani verbis accipi debet, quia non ibi, ſed in *ſeq. §.ult.* Ulpianus de matrimonio nullo ſermonem habet.

Palam quoque eſt ex eo, quia rerum dotalium dominium eſt apud virum, *§.1.Inſtit.quibus alienare licet.* Quod tamen dominium ſoluto matrimonio migrat ipſo Jure in uxorem, *l.in rebus*, *C.de Jur.dotium*, quamvis earundem poſſeſſio actione rerum dotalium recuperetur, *l.dotis*, *C.hoc tit.* Ergo amplius dos eſſe non poteſt.

Neque contraria obſtant. Nam ſoluto matrimonio *dos* dicitur per quandam figuram loquendi, quæ *Relatio* dicitur, ut notat Connan.*loc.cit.* habito nimirum reſpectu non ad id, quod eſt, ſed ad id quod aliquando fuit. Ita quoque hereditas adita appellatur hereditas, ut in *tit.de petition. heredit.* ratione ejus, quod jam olim fuit, cum jacebat, Alciat.1.*diſpunct.*18.

Nec mirum actione dotali repeti, quia ſæpe finito & extincto contractu, datur actio ex eo, tanquam ſi adhuc extaret; nam finito pignore datur actio pignoris, *l ſolutum, §.ſi quaſi, ff.de pigner.act.l.ex ſextante, §.Latinus, in fine, ff.de except.rei judicatæ*; & ubi finitum eſt mandatum, datur mandati actio, *l.ſi præcedente, l.inter cauſas, in princ. ff.mandati.* Soluta etiam ſocietate inſtituitur actio pro ſocio, *l ſi ſocio*, *ff pro ſocio*. Et ubi finita eſt emtio, datur actio ex emto, *l.ex emto*, *l.is qui vina, ff.de actionib.emti.* Ita ergo finita dote per ſolutionem matrimonii, datur dotalis actio.

II. Colligitur, dotem, quamvis olim fuiſſet pretium, quo uxor Jus ſuæ heredis coemebat a viro, hodie tamen eſſe donationem, non ſecus quam donationem propter nuptias. Et clare docet Juſtinianus in *l.ult. in princ. C. de donationib. ante nuptias*, illis verbis: *Ideo enim & antiquè Juris Conditores inter donationes etiam dotes connumerant.*

Verum Merenda 3. *contr.*49. id ideo a Juriſconſultis factum putat, non quia dos vera donatio ſit, ſed ut honeſtate nominis ad decus matrimonii uterentur, ne alioqui videretur venale. Putat ergo ipſe, dotem eſſe contractum oneroſum, cum detur ad onera matrimonii, vel eſſe contractum innominatum, Do ut facias, id eſt, ut ſubeas onera. Quod videtur probari ex eo, quia datio ob beneficium recipiendum, donatio non eſt, *l.hoc Jure, §.1. ff.de donation.* ubi notat Ulpianus, Labeonem dixiſſe extra cauſam donationis eſſe, cum datur, ſi tibi adſuero, ſi ſatis pro te dedero, ſi qualibet in re opera, vel gratia mea uſus fueris; propterea quod ſunt officiorum mercedes. Idipſum habetur in *l.quæ liberti, ff.cit.tit.* & in *l.metum, §.ſed licet, ff.de eo, quod metus cauſa.* Cum ergo dotis datio fiat ob beneficium recipiendum, nequit donationibus accenſeri.

Hæc vera ſunt, cum qui accipit nullum ex datione commodum percipit,

Digitized by Google

cipit, ſed ſolum ſui beneficii mercedem recipit, ut in *cit.Jurib.* patet. Secus eſt, ſi quis accipiendo utilitatem ſentiat, quo caſu dicitur donatio, non quidem ſimplex, ſed ſub modo, ut ſi tibi donem, ut alimenta mihi præbeas, *l.1.C.de donationibus, quæ ſub modo, l.ſi donationis, C.de contrah.emt. l.ult. C. de rer.permutationib.* Quod eſt intelligendum, cum fructus rerum donatarum excedunt ſummam alimentorum; vel cum alimenta pro tempore præſtantur, res vero donatæ perpetuo apud accipientem manſuræ ſunt; vel demum aliqua alia utilitas,& commodum ex datione percipitur. Et ita prorſus eſt in ſpecie noſtra; nam cum matrimonium etiam ſine dote conſiſtat, *l.quod ſi nulla, ff.de religioſis, auth.præterea, C. unde vir, & uxor*, quo etiam caſu ad maritum onera matrimonii pertinerent, argumento ex *l.dotis fructus, ff.de Jure dotium, & l.un. §.taceat, C. de rei uxoriæ act.* Propterea, ubi contrahendo matrimonium, recipit dotem, utique commodum & utilitatem ſentit, ea liberalitate ab oneribus matrimonii ſublevatus.

Verùm tamen eſt dotem, licet donatio ſit, & excedat ſummam 500. aureorum, inſinuationem non exigere, *l.ult. in princ. C. de Jure dotium*, & latius dicemus infra ad *l.1.*

III. Colligitur, dotem ſterilem eſſe non poſſe, quæ ſcilicet marito ſterilis ſit; nam ſi ſterilis ſit, mulier diceretur indotata, quippe niſi oneribus matrimonii deſerviat, dos nulla eſt, *d.l.ſi pater, in fine.* Unde quæſitum eſt, an pactum, ut maritus fructus prædii dotalis non ſibi lucretur, ſed uxori reſtituat, quæſitum, inquam,eſt an ratum ſit? Agit de hac quæſtione Ulpianus cum Marcello in *l.ſi convenerit 4.ff.de pact.dotalib.*Et quidem Marcellus duos caſus diſtinguit. Prior eſt, cum maritus ſe obligat ad fructus, quos in ſingulos annos percipit, ſtatim uxori reſtituendos; & pactum nullius momenti eſt, quippe nullum ex dote lucrum maritus perciperet, & uxor eſſet indotata. Poſterior eſt, ſi paciſcatur maritus de fructibus, quos in ſingulos annos percipit, reſtituendis ſoluto demum matrimonio, ideſt de reſtituenda æſtimatione; & pactum valet, quia interim conſtante matrimonio maritus frui poteſt uſuris, quæ ex fructibus collectis, & in ſortem redactis, percipi poſſunt; propterea dos non erit ſterilis.

Quod poſtremum Marcelli dictum ita Ulpianus temperat, ut valeat pactum, cum majorem dotem mulier dedit, quam pro viri conditione: veluti ſi maritus tercentis in dotem datis fuiſſet contentus: mulier tamen talem dotem dedit,quæ annua tercentum reddit,quorum ſors eſſent ſeptem millia & quincentum,nam uſuræ dotales ſunt tertia centeſimæ,id eſt trientales, *l.ult. §.præterea,C.de Jure dotium, l.un. §.ſin autem, C.de rei uxor. act.* Tunc enim uſuris ex iſtis fructibus perceptis maritus contentus eſſe poteſt. Et ita explicandus eſt textus in *d.l.ſi convenerit.*

E contrario non valet pactum, ut mulier ſe, ſuoſque alat, maritus vero lucretur fructus dotales; non enim dos onera matrimonii ſuſtineret,

Digitized by Google

ſtineret, Alciatus hic *num.*44. Baldus in *l.pactum,in fine,C.de collationib.*

Valet vero pactum, ut mulier ipſa capiat fructus dotales, & ipſa ſe, ſuamque familiam alat, *l.ſi quis pro uxore*, *§.fin. ff. de donationibus inter virum.* Imo valet, ſi conventum ſit, ut maritus fructus in dotem convertat, & mulier ſe ſuoſque alat, & univerſa onera ſua expediat. Nam Ulpianus in *d.l.ſi convenerit*, *§.ult.* de hoc pacto loquens, ita ait: *Quare non dicas conventionem valere?*

Objicies I. ex *l.quæris*, *ff.de pactis dotalibus*, ubi ſi mulier ante nuptias pacta ſit, ut ex fructibus fundi, quem dedit in dotem, creditor mulieris dimittatur, pactum ſibi conſtat: & tamen ita dos ſterilis eſt marito.

Reſponſio habetur ex ipſa lege, nempe hoc verum eſſe, quoties fructus fundi ſuperant mulieris debitum, ut aliqui reliqui ſint marito proferendis matrimonii oneribus; ut conſtat ex eo, quod Paulus ſubdit, pactum ideo valere, quia per illud minor dos videtur conſtituta. Puta Titius eſt mulieris creditor in annua decem, iſque creditor eſt ex fundi dotalis fructibus dimittendus, qui fructus quindecim reddunt in ſingulos annos. Utique pactum dimittendi creditoris non facit dotem ſterilem, ſed minorem, quaſi uxor in dotem dederit centum viginti quinque. Unde fit, poſt nuptias non poſſe id pactum iniri, cum conſtante matrimonio nequeat dos pacto minui, aut deterior fieri, *l.poſt nuptias, ff.de Jure dotium*. Quare de ſuo maritus paciſci videtur, ut dimittat creditorem, & erit mera donatio, quæ inter virum & uxorem ex oratione Antonini Auguſti invalida eſt, ut textus in fine notat, juncta *gl.ibidem v. donatio*.

Objicies II. ex *l.Julianus, ff.de Jure dotium*, ex qua habetur, pactum initum inter virum & uxorem, ne ea viva dos excipiatur, ſeu petatur, valere. Ergo viva uxore, & conſtante matrimonio, dos eſt viro ſterilis.

Negamus tamen eſſe ſterilem, quia matrimonio conſtante currunt uſuræ trientales marito, *d.l.ult. §.præterea, C.de Jure dotium*; hæ autem ad ſubſtinenda onera matrimonii vicem fructuum habent, *l.uſuræ*, *ff.de uſuris*. Itaque eo pacto differtur exactio, non etiam dos ſterilis fit.

Objicies III.ex *l.res quarum,C.de Jure dotium*,cum dicitur poſſe fundi proprietatem in dotem dari, excepto uſufructu. Idem habetur ex *l.ſi proprietati*, *ff.cit.tit.* Augetur difficultas, quia eo caſu uxor non habet rei dominium, niſi Quiritarium; quod in virum non transfert; nec Bonitarium transferre poteſt, quia uſusfructus alienus eſt. Ergo nihil in virum transfert. Quare non modo dos ſterilis viro eſt, ſed nulla omnino dos eſt.

Sed eſt dicendum, dotem non videri ſterilem ex conſolidatione; nam cum deinde uſusfructus proprietati accedit, non alia dos eſt, ſed incrementum dotis, quemadmodum ſi quid alluvione acceſſiſſet, *d.l.ſi proprietati*. Iſto itaque caſu uxor ante conſolidationem omnino indotata eſt,

ut

ut ratio Adverſariorum docet : ſed tunc incipit eſſe dotata, cum primum conſolidatio fit.

IV. Colligitur, dotem in re aliena recte conſtitui, ſi ſcilicet dos dicta ſit, vel promiſſa, ut propterea poſt dictionem, vel promiſſionem traditio ſatis ſit, ut conſtat ex *l.de diviſione, ff.eod.* ibi: *Tradita poſſeſſione*: & ex *l.ſi nuptura, §.ſi fundum alienum, ff.de fundo dotali*, ubi fundus alienus in dotem traditus cenſetur dotalis. Quo tamen caſu maritus bonæ fidei poſſeſſor pro dote uſucapere poterit, ut *tit. ff.pro dote.*

Neque nos moveat, quod in contrarium objiciunt Ripa hic, *n.*40. Belognetus *num.*177. Rogerius *de dote, in princ. num.*4. ex *l.dotale* 13. *§. dotale, ff. de fundo dotali*, ubi ab Ulpiano requiritur dominii translatio, ut fundus dicatur dotalis. Verba legis ſunt: *Dotale prædium ſic accipimus, cum dominium marito quæſitum eſt*. Etenim notandum pro reſponſione eſt, ibi ſermonem ab Ulpiano haberi de lege Julia, quæ fundi dotalis in ſolo Italico alienationem prohibebat, diſſentiente uxore, ut conſtat ex verbis, quæ Ulpianus ſubdit, *Ut tunc demum alienatio prohibeatur*. Lex autem Julia loquuta eſt, non de dote dicta, vel promiſſa, ſed de data, de qua etiam loquitur Ulpianus ibi, ut habetur ex proximo §.1. in illis verbis, *Totum prædium in dotem ſit datum*. Et concedimus dationem dotis in re aliena locum non habere, *§.ſic itaque, Inſtitutionib.de actionibus*; negamus de dictione, & promiſſione.

V. Colligitur, dotem ſola promiſſione conſtitutam eſſe veram dotem, quamvis non numeratam, Ripa hic *num.*58. Angelus *conſ.*180. *num.*2. Tiraquellus 2. *de retractu, a num.*32. Vaconius 6. *declarat.*33. Fachin.10. *contr.*24. & ſatis colligitur ex dictis, quia dos non una modo datione, ſed etiam dictione, & promiſſione conſtituitur.

Probatur etiam ex *d.l.Julianus, ff.de Jure dotium*, ubi valere dicitur pactum, ne viva uxore dos petatur; & tamen veram eſſe dotem. Quare ibidem Paulus ſubdit, invalidam eſſe hanc ſtipulationem, *Cum morieris dotis nomine tot dari?* quia hoc caſu vera dos non eſt. Ratio diſcriminis eſt, quia hic confertur initium dotis in id tempus, quo matrimonium amplius non erit: at in primo caſu ſtatim dos conſtituitur, differtur tamen exactio.

Probatur quoque ex eodem Paulo in *l.cum poſt mortem, §.1.ff.de adminiſtratione tutorum*, ubi curator quadringenta dotis nomine marito puellæ ſe daturum promiſit, deinde ære alieno emergente, ad eam dotem ſolvendam puellæ patrimonium ſatis non eſſe apparuit. Ait Paulus, curatorem eſſe marito obligatum, puellam vero curatori. Et rationem reddit, *quia habet dotem*. Et verum eſt, puellam curatori obligari, tam ſi dos a marito conſtante matrimonio exacta ſit, quam ſi ſecus, ut patet ibi: *Vel certe poſt divortium* (puellam teneri) *ſive exacta ſit dos, ſive maneat nomen, quia poteſt efficere, ut ei accepto feratur*. Ergo non exacta dote

per.

per maritum, mulier habet dotem: & proinde ſola promiſſione vera dos conſtituitur.

Demum omnium evidentiſſime probatur ex Tryphonino in *l.ult. ff. de collatione dotis*, cum dos ſtatim ac promiſſa eſt, dicitur abſceſſiſſe patrimonium patris, & conſequenter effectam proprium patrimonium filiæ. Quod utique non eſſet, niſi jam naturam veræ dotis aſſumſiſſet. Verba Juriſconſulti ſunt: *Ergo non tantum data* (dos) *apud maritum remanebit, ſed & promiſſa exigetur etiam a fratribus, & eſt æris alieni loco: abſceſſit enim a bonis patris.*

Horum omnium ratio eſt, quia dos non ſoluta adhuc onera matrimonii ſubſtinet, cum ex ea debeatur pro uſuris tertſa centeſimæ, & hæ uſuræ vicem fructuum ſubſtinent, ut jam ſupra expreſſum eſt.

In contrariam tamen ſententiam eunt Alexand. *conſ.* 13. a *num.* 10. *lib.* 3. Soccinus Junior hic *par.* 3. *num.* 13. Barboſa etiam hic *par.* 3. *num.* 2. Cujacius in *l.unic. §. accedit, C. de rei uxor. act.* qui volunt dotem non ſolutam veram non eſſe dotem. Et moventur ex *d.l.dotale* 13. *§.dotale, ff.de fundo dotali*, ex *l.de diviſione* 5. *ff.eod.* ex *l.Titio centum, §.Titio genero, ff.de conditionib. & demonſtr.* ex *l.* 1. *&* 4. *C.de dote cauta, non numerata*; & tandem ex *l ſi ſocius, ff.pro ſocio.*

Quæ omnia nihil obſtant. Nam I. quod attinet ad *l.dotale, §.dotale*, ubi prædium tunc demum dicitur dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt, jam ſupra notavimus ibi ſermonem haberi non de conſtitutione dotis, ſed de alienatione ex lege Julia, quæ prædium ſoli Italici in dotem datum alienari prohibet invita uxore; id eſt non dotem dictam, aut promiſſam, ſed datam. Propterea Ulpianus ait, ne prædium alienetur, omnino exigi, ut ſit datum, ſive tunc dici dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt; nam dandi verbum, quo lex Julia uſa eſt, dominii translationem denotat, *§.ſic itaque, Inſtit.de actionib.* Nobis autem ſermo eſt extra caſum legis Juliæ, id eſt, non de dote data, ſed de dicta, vel promiſſa, & de hac quæritur, an vera dos ſit.

II. Ratione non valde diſſimili reſpondendum eſt ad *d.l.de diviſione* 5. cum dicitur, *Dotale prædium conſtitutum eſt in tradita poſſeſſione.* Quippe nec ibi de conſtitutione dotis ſermo eſt, ſed de diviſione fructuum prædii dotalis inter virum, & uxorem, ſoluto matrimonio. Et Ulpianus ait, prædium dici dotale ex die translationis, non ex die dotis conſtitutæ, id eſt eos tantum fructus dividi, qui a marito percepti ſunt poſt traditionem, non etiam quos uxor ante traditionem percepit. In hac, inquam, diviſione fructuum prædium ex ſpeciali ratione non incipit eſſe, & dici dotale, niſi ex quo traditum eſt. Ratio eſt, quia ante traditionem marito loco fructuum currunt uſuræ trientales, ſcilicet uſuræ vicem fructuum ſubeunt, *l.uſuræ, ff.de uſuris.* Quare ſi etiam ipſi fructus interim ab uxore percepti dividerentur, jam maritus bis iiſdem fructibus frueretur, quod eſſet abſurdum.

III. Quam-

Digitized by Google

III. Quamvis in *d.l.Titio centum, §.Titio genero* habeatur, mulierem dici dotatam, cum dotis ſolutio fit; tamen ibi ſermo eſt de dote legata, quæ non fuit viro promiſſa, ſed ſolum a teſtatore mulieri relicta. Qua in ſpecie verum eſt, mulierem tunc incipere eſſe dotatam, cum legatum ab herede præſtatur; propterea quod legatum dotis non eſt dotis conſtitutio: nam contra heredem non agitur actione dotali, ſed actione ex teſtamento, vel reivindicatione, aut hypothecaria. Hæc ergo ſunt extra quæſtionem noſtram, quæ eſt de dote viro promiſſa.

IV. Eadem facilitate rejicitur argumentum ex *d. l.1. & 4.* ubi dotem facit non ſcriptura dotalis, ſed numeratio. Quæ verba non reſpiciunt dotis conſtitutionem, ſed ejuſdem repetitionem, quæ ſoluto matrimonio nequit ab uxore repeti ex hoc ſolum, quod in inſtrumento promiſſa fuerit, ſed probari omnino debet, fuiſſe eidem viro ſolutam; alioqui mulier exceptione dotis non numeratæ repelletur.

V. Difficilior videtur ſolutio ad textum Papiniani in *d. l. ſi ſocius*, qui a Cujacio adducitur. Species eſt: inter ſocios omnium bonorum conventum eſt, ut de communi dos conſtitueretur. Alter ergo ex his filiæ, dum eam collocaret, dotem conſtituit, & filia herede inſtituta deceſſit, cujus morte ſocietas ſoluta eſt. Deinde ſolutum eſt filiæ matrimonium. Quærit Papinianus, an in judicio ſocietatis mulier præcipiat quantitatem. Et diſtinguit inter dotem numeratam, & promiſſam; nam ſi filia datam dotem, poſtquam patri heres extitit, Jure ſuo recepit a viro, non eſt referenda pecunia ſocietati, ideſt mulier eam ſibi præcipit. Quod ſi dote viro non ſoluta, accepto ab eodem liberata ſit, nequaquam imputari poteſt ſocietati non ſoluta pecunia. Ita Papinianus. Ex quo infertur, dotem tantummodo promiſſam veram dotem non eſſe, nec abſceſſiſſe a bonis paternis.

Sed neganda eſt illatio. Nam quod promiſſa dos nec imputetur ſocietati, nec præcipiatur a filia, non eſt ex eo, quod vera dos non ſit, ſed eſt ex natura judicii ſocietatis: quandoquidem non omne æs alienum, quod manente ſocietate contractum eſt, ſocietatis onus eſt, ſed id tantum, quod ſolutum eſt ſive ſocietate manente, ſive diſtracta. Quod vero nullo modo ſolvitur, utique de communi ſolvendum non eſt, *l.omne æs alienum, cum l.ſeq. ff.pro ſocio*. Cum ergo in ſpecie noſtra mulier per acceptilationem a viro liberata ſit, & patris heres extiterit, ex quo amplius nec viri debitrix eſt, nec patris creditrix, conſequens eſt, ut æs alienum a patre contractum ſolvendum non ſit, & propterea nec in judicio ſocietatis præcipiendum a filia.

Dices cum eodem Cujacio, Peculium non conſtituitur voluntate nuda, ſed traditionem ſive naturalem dationem deſiderat, *l.non ſtatim, ff.de peculio*. Ergo dos æque ſola voluntate non conſtituetur, ſed traditionem exiget.

At non eſt par ratio inter utrumque caſum; nam peculium, cum non ſit contractus, nequit ſolo conſenſu conſtitui: dos vero contractus eſt,

Digitized by Google

eſt, & proinde non ſolum datione fit, ſed dictione, & promiſſione.

Cum ergo dos promiſſa ſit vera dos, hinc fit primo dotem a patre filiæ promiſſam venire in collationem, *l.1. §.1. ff.de collatione dotis.*

Fit etiam, ſi in lege Municipii fiat de dote mentio, id eſſe intelligendum non ſolum de tradita, ſed etiam promiſſa; quamvis legis municipalis verba ſtricte & proprie ſint accipienda, *l.1. §.ſi is qui, ff.de exercit. act. l.3. §.hæc verba, ff.de negot.geſtis.* Quapropter noſtræ Urbis Conſuetudo, ubi ſoror dotata excluditur a ſucceſſione patris ab inteſtato obeuntis, per fratrem, locum habet etiam in dote promiſſa, ut ſupracitati DD. concludunt.

Verum tamen eſt, quod attinet ad petendam donationem propter nuptias ſoluto matrimonio, non eſſe ſatis dotem fuiſſe promiſſam, vel dictam, ſed omnino exigi, ut data viro ſit, *auth.dos data, C.de donationibus ante nuptias*, ubi dicitur: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, Harmenopulus 4.*Proçhiri* 10.*de hypobolo*; nam ita Græci donationem propter nuptias vocant, quod doti reſtituendæ ſubjiciatur, Cujacius 5. *obſ.*4.

At ea munera, quæ ſponſus ante nuptias mittit ſponſæ, ut comtior & pulchrior appareat, ea *Theoretra*, θεώρητρα iidem Græci Juriſconſulti dicunt: & pleno Jure ſponſæ acquiruntur, ut in *Novella Conſtantini Porphyrogennetæ* 12. ubi tamen θεώρετρον ſcribitur. Scilicet, niſi ſponſus fuerit proteſtatus ſe non donare, ſed commodare.

Nonnulla pro complemento ſuperſunt, de quibus ſeparatim videndum eſt. Sit ergo.

Utrum dos Jus Univerſale ſit, an potius Particulare.

QUÆSTIO I.

HAnc quæſtionem obſcuram facit non ſolum multiplex Doctorum opinio, verum id præcipue, quod non ſatis eſt ab ipſis explicatum, quid Jus Univerſale ſit, quid Particulare, aliis alio modo accipientibus, non tam explicando, quam ſupponendo. Ex eorundem tamen dictis videtur colligi, Jus Univerſale eſſe, quod non eſt rei alligatum, nec ab ea dependet, itaut quidpiam afficiat rem, ſed non tangat Jus, quidpiam vero tangat Jus, ſed non afficiat rem. Hujuſmodi primo eſt hereditas, quæ ita a re non dependet, ut *hereditas etiam ſine ullo corpore Juris intellectum habeat*, ut dicitur in *l.hereditas etiam, ff.de petit.heredit.* Secundo, peculium, in quo æs alienum afficit Jus, non item res; nam ſi ſervo peculium legetur, deducitur, quod ſervus domino, vel conſervis, libertiſve domini debet, *l.ſi peculium legetur 6. ff.de peculio legato*: at ſi legentur ſervo ſpecialiter ea, quæ in peculio ſunt, æs alienum non deducitur, *l.ſi peculium ſervo, ff.cit.*

Digitized by Google

ff. cit. tit. Præterea peculium non vindicatur, res ſingulæ vindicantur; *l.vindicatio 57.ff.de reivind.* ubi habetur, aliud eſſe in grege, ubi & grex, & ſingula corpora vindicantur. Ex his facile intelligitur, Jus particulare eſſe, quod rei alligatum omnino eſt.

His ita poſitis, receptum fere eſt poſt Bartolum, dotem Jus univerſale eſſe. Sequitur Fachineus 10. *contr.*31. Merenda 3. *contr.*2. Idque probant ex pluribus.

I. Ex perſpicuis Ulpiani verbis in *l.1. in princ. ff.de dote prælegata*, ubi hæc habet: *Sed quod diximus, ipſo Jure dotem impenſis minui, non ad ſingula corpora, ſed ad univerſitatem erit referendum*. Ubi aliud rebus competit, aliud univerſitati; & ſub Univerſitatis nomine hic ſine dubio dos intelligitur, ut manifeſtum fit ex eodem Ulpiano in *l.quod dicitur, ff.de impenſis in rebus dotalibus*; ubi eandem propoſitionem his aliis verbis concipit: *Non enim ipſo Jure corporum, ſed dotis fit diminutio*. Ergo dos & Univerſitas idem ſunt; ut propterea merito dos Jus univerſale cenſenda ſit.

II. Quia dos ipſius filiæ proprium patrimonium eſt, *l.deniqne, §.ergo, ff. de minoribus*. Sed patrimonium eſt univerſitas, ſeu Jus univerſale, *l.ſi fideicommiſſum, §.tractatum, ff. de judiciis*, ibi: *Cum non loci ſit æs alienum, ſed univerſarum facultatum; æs enim alienum patrimonium totum imminuere conſtitit, non certi loci facultates.* Ergo ita quoque dos Jus univerſale erit.

III. Idipſum demonſtrant ex variis proprietatibus, & conditionibus, quæ Juris univerſalis propriæ eſſe videntur; nam impenſæ in una re dotali factæ poſſunt ex alia deduci, ut quod in ſemente erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducetur; & totius anni unus fructus eſt, *l.divortio, §.item ſi meſſes; l.ſi fundus, §.ult. ff.eod. d.l.quod dicitur, ff.de impenſis in rebus dotalibus*. Præterea in dote pretium loco rei ſuccedit, *l.res quæ ex dotali, ff.de Jure dotium*. Quæ omnia, & his ſimilia dotem Jus univerſale eſſe oſtendunt.

IV. Quia dos naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur, quemadmodum de peculio dicitur in *l.peculium, ff.de peculio.* Naſcitur dos, cum traditur, nuptiæque ſequuntur, aut præceſſerunt: creſcit alluvione, creſcit confuſione uſusfructus, & ſimilium, de quibus in *l.un. §.cumque ex ſtipulatu, C.de rei uxor.act.* decreſcit caſu fortuito, & moritur ſoluto matrimonio, Cujacius in *d.§.cumque ex ſtipulatu*. Sed peculium ex communi Doctorum ſententia eſt Jus univerſale, ex *l.6.* & *l.ſi peculium ſervo, ff.de peculio legato,* & *l.vindicatio 57. ff.de reivind.* Ergo etiam dos.

Verum hæc non quidem concludunt, dotem eſſe Jus univerſale, ut volunt, ſed ſolum probant dotem eſſe Univerſitatem. Quæ duo invicem longe diſtant. Nam Univerſitas non eſt Jus, ſed corpus quoddam a lege confictum, quod licet ex pluribus disjunctis, & diſtantibus conſtet, a lege tamen pro uno habetur, ut chorus, grex, municipium, & hujuſmodi

re-

reliqua, *l.rerum miſtura, ff.de uſucapionibus*;& tradit Seneca *epiſt.*102. Id corpus ab Hotomano *Dejunctum* ſolet appellari. E contrario Jus Univerſale eſt, quod ſecum adnexam habet repræſentationem, & æs alienum; *l.ſciendum,§.2.ff.de ſeparationibus,auth.de Jure ſur.a moriente præſtito.*Hæc ut facilius intelligantur, pro exemplo proponamus hereditatem,hæc enim in herede eſt Jus univerſale, qui propterea & defunctum repræſentat, & de ejuſdem ære alieno tenetur: at in emtore (cui ſcilicet heres totam hereditatem vendidit) non eſt, niſi Univerſitas, ſeu patrimonium: quare emtor non eſt loco heredis, neque tenetur excipere actiones hereditarias, licet ea lege emerit, ut creditoribus defuncti ſatisfaciat, *l.2. C.de hered. vendita.*

Itaque quidquid Jus univerſale eſt, id etiam univerſitas eſt, at non contra. Nam hereditas eſt univerſitatis ſucceſſio, *l.3. in princ. ff.de bonor. poſſeſſionibus*, quod alibi dicitur ſucceſſio in univerſum Jus, *l.hereditas, ff.de reg.Juris*, id eſt non in res ſingulas, in ſingula corpora, ſed in univerſum patrimonium, quod abuſive Jus vocatur.

Dicimus ergo duo. I. dotem non eſſe Jus Univerſale. II. eandem eſſe Univerſitatem.

I. Adeo verum eſt, dotem non eſſe Jus univerſale, ut nec tale ſit, quamvis mulier omnia ſua bona in dotem dederit, *l.mulier bona, ff.de Jure dotium*; ubi cum in ſpecie propoſita quæreretur, an maritus quaſi heres creditoribus ſuæ uxoris reſpondere teneretur; ait Paulus non teneri, cum non ſit quaſi heres, ſed quidquid poſſidet titulo ſingulari dotis habeat. Verum quia non plus eſt in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt deducto ære alieno, ideo creditores agere contra mulierem, ut repetat a viro, quod in dotem non dediſſe cenſetur, idque ipſis reſtituat. Vide Fabr.*dec.*48.*err* 7. qui hæc eadem donationi omnium bonorum adaptat.

Neque obſtat, filiam nuptam poſſe a patre in dote inſtitui, quod hic Alexander objicit ex *cap. Raynutius, de teſtamentis*, & docet late Gl. in *l.denique, §.ergo, ff.de minoribus*; nam facilis reſponſio eſt, ex inſtitutione dotem tranſire in hereditatem, id eſt Univerſitatem in Jus Univerſale, ut in omni inſtitutione accidit, in qua patrimonium defuncti mutatur in hereditatem; & e contrario per aditionem hereditas migrat in patrimonium heredis: unde quod ante aditam hereditatem eſt expilatio, poſt aditam eſt furtum, *l.hereditariæ, ff.de furtis*. Verum eſt tamen, in ſpecie propoſita dotem utroque Jure frui, ſed diverſo reſpectu; nam quatenus eſt tradita viro, eſt Univerſitas: quatenus eſt relicta filiæ, eſt Jus Univerſale.

Præterquamquod facile negari poteſt, filiam poſſe a patre in dote jam conſtituta heredem inſtitui: neque hoc dicitur in *d.cap.Raynutius*. Et ratio eſt, quia dos eſt proprium ipſius filiæ patrimonium, quod mortuo patre, non exacta dote, filia ſuo Jure repetit etiam exheredata, vel præ-

Digitized by Google

ſerita, vel bonis paternis abſtinens, *l.ult. ff.de collatione dotis*, *l.pater filiam, ff.ad l.Falc.* & ibi Goveanus eleganter tractat, Faber in *d.l.denique, §.ergo etiam, ff.de minoribus*, *& dec.13. er.2.*

II. Dotem eſſe Univerſitatem probant argumenta ſupra ab Adverſariis adducta; & manifeſte docet Ulpianus in *d.l.1.in princ. ff.de dote prælegata*, ubi dos non appellatur Jus univerſale, ſed *Univerſitas*, eodem modo, ac ratione, quo patrimonium *Univerſitas* dicitur ab eodem Ulpiano in *d.l.ſi fideicommiſſum, §.tractatum, ff.de judiciis*. Idipſum eſt de peculio ex ſupracitatis Juribus.

Et eſt quidem dos Univerſitas, etſi unum corpus ſit, quod in dotem datum eſt, quaſi Jus omne in unum reciderit, ſicuti Municipii Univerſitas in uno capite ſubſiſtetur, *d.l.7.§.ult. ff.quod cujuſque Univerſitatis*. Et ita quam facillime reſoluta eſt tota hæc quæſtio, in qua tantopere Doctores inſudant, & æſtuant.

Unum notabimus, a Bartolo, & Soccino hic deductum, dotem eſſe Jus univerſale, quia in repetenda dote libellus incertus admittitur, *l.ult. C.de ſententiis, quæ ſine certa quantitate*, Gl. in *d.l.1. & 2.* Quod argumentum futile omnino eſt; nam id fit, quia judicium dotis bonæ fidei eſt; quippe judicium bonæ fidei eſt pecuniæ incertæ, judicium ſtricti Juris eſt certæ, Cic. *pro Roſcio Comœdo*, & nos infra in actione ex ſtipulatu pro dote.

Hæc tamen omnia velim accipi de dote, quæ in matrimonio per uſum intervenit; nam ſi matrimonium coemtione celebretur, maritus eſt quaſi uxoris ſucceſſor, ut infra de dominio dotis dicemus. Proinde dos eo caſu Jus univerſale eſt.

Utrum dotis incertæ promiſſio valeat.

QUÆSTIO II.

IMplicat hanc quæſtionem duarum legum antinomia. Nam ex Papiniano in *l.cum poſt, §.gener, ff.de Jure dotium*, dos, quæ promittitur non demonſtrata re, vel quantitate, ſubſtinetur, eritque deinde conſtituenda juxta modum facultatum promittentis, & dignitatem viri, qui matrimonium contraxit. Placet recitare verba Juriſconſulti, quæ ſunt: *Gener a ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re, vel quantitate, ſtipulatus fuerat: Arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit*. Et deinde ſubdit: *Dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt*. Ubi duo Papinianus habet. I. dotis incertæ promiſſionem valere, quia remiſſa in arbitrium Soceri. Neque in hoc præſens quæſtio verſatur; nam & Gordianus Imperator in *l.3. C.de Jure dotium* idipſum ait, redditque hujus diſpoſitionis

ra-

Digitized by Google

rationem; quia videtur boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe. II. de quo quæſtio eſt, eam dotis incertæ promiſſionem ſibi conſtare, etiam ſecluſo ſoceri arbitrio. Ex quo rejicitur Azo, qui exiſtimabat, dotis promiſſionem ideo a Papiniano pro valida haberi, quia arbitrium inſertum erat, alias non valituram. Quæ ſane explicatio aperte refutatur ex illis verbis textus, *Arbitrio quoque detracto*.

Contrarium ergo huic poſteriori Papiniani dicto eſt, quod Alexander Imperator docet, dum nullam marito concedit actionem ad petendam dotem, quæ ſine certa quantitate, vel ſpecie fuit promiſſa. Verba ſunt in *l.1.C.de dotis promiſſione*: *Fruſtra*, inquit, *exiſtimas, actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit; cum neque ſpes ulla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiſerit*. Et notandum, hoc quoque caſu ſtipulationem interveniſſe, ut conſtat ex verbo *Promiſſa*, juncto verbo, *Inſtrumento*; nam ſi ſcriptum in inſtrumento fuerit promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit, *§.ſi ſcriptum, Inſtitutionibus de inutilibus ſtipulationibus*. Unde audiendus non eſt Accurſius in *d.l.1.* dum putat, ibi ſimplex pactum, vel nudam promiſſionem interveniſſe, & eapropter promiſſionem dotis incertæ invalidam declarari. Præterquamquod Alexander omnino in incertitudine nititur; & inſuper dotis promiſſio ſemper efficax eſt, quia ſemper ex beneficio legis interpoſita ſtipulatio cenſetur, *l.exactionem, C.de dotis promiſſione*. Notandum quoque, omnino ſomniare Forcatulum in *cupidine Juriſperito cap.2. num.8.* ideo maritum ab actione petendæ dotis excluſum, quia ex generali promiſſione omnia mulieris bona in dotem petebat; de qua re nullum verbum in toto eo contextu legere eſt.

His rejectis placet, ut cum Juriſconſultis Græcis Harmenopolo 4.*Prochiri tit.8. cap.de dotis prærogativa*, & Thalelæo ad *l.1.C.de dotis promiſſione*, ita diſtinguamus. Aut dos promiſſa ab eo eſt, qui ex officio dotem conſtituere tenetur, & quamvis incerta ſemper valet. Et hoc ait Papinianus in *d.l.cum poſt, §.gener*, ubi ſocer dotem promiſit, id eſt pater puellæ. Et ideo valet, quia pater ex officio dotem congruam filiæ conſtituere tenetur: proinde ejus promiſſio quamvis rei incertæ facta, ſemper tamen intelligitur certa Jure, id eſt congruæ dotis, quæ definitur ex quantitate facultatum patris, & ex qualitate viri: quare merito pater ex ea promiſſione convenitur. Aut dos eſt ab alio promiſſa, qui ex officio ad dotandum non adſtringitur, & cum incerta eſt, non obligat; ut eſt ſpecies Alexandri in *d.l.1.* ubi mulier ſe ipſam dotavit. Et ideo non valet, quia determinari quanta dos ſit, non poteſt, & remanet incerta facto, & Jure, cum mulier ſibi dotem congruam conſtituere non teneatur: quare poſſet mulier vel unicum nummulum dotis nomine exhibere, ut Harmenopolus, & Thalelæus notant. Hinc ſibi imputet maritus, ſi incertæ dotis promiſſioni ſtetit. Hæc conciliatio non modo eſt Græcorum, ſed etiam veterum

Digitized by Google

per maritum, mulier habet dotem: & proinde ſola promiſſione vera dos conſtituitur.

Demum omnium evidentiſſime probatur ex Tryphonino in *l.ult. ff. de collatione dotis*, cum dos ſtatim ac promiſſa eſt, dicitur abſceſſiſſe patrimonium patris, & conſequenter effectam proprium patrimonium filiæ. Quod utique non eſſet, niſi jam naturam veræ dotis aſſumſiſſet. Verba Juriſconſulti ſunt: *Ergo non tantum data* (dos) *apud maritum remanebit, ſed & promiſſa exigetur etiam a fratribus, & eſt æris alieni loco: abſceſſit enim a bonis patris.*

Horum omnium ratio eſt, quia dos non ſoluta adhuc onera matrimonii ſuſtinet, cum ex ea debeatur pro uſuris tertia centeſimæ, & hæ uſuræ vicem fructuum ſubſtinent, ut jam ſupra expreſſum eſt.

In contrariam tamen ſententiam eunt Alexand. *conſ.*13. a *num.*10. *lib.*3. Soccinus Junior hic *par.*3. *num.*13. Barboſa etiam hic *par.*3. *num.*2. Cujacius in *l.unic. §. accedit, C. de rei uxor. act.* qui volunt dotem non ſolutam veram non eſſe dotem. Et moventur ex *d.l.dotale* 13. *§.dotale, ff.de fundo dotali*, ex *l.de diviſione* 5. *ff.eod.* ex *l.Titio centum, §.Titio genero, ff.de conditionib. & demonſtr.* ex *l.*1. & 4. *C.de dote cauta, non numerata*; & tandem ex *l ſi ſocius, ff.pro ſocio.*

Quæ omnia nihil obſtant. Nam I. quod attinet ad *l.dotale, §.dotale*, ubi prædium tunc demum dicitur dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt, jam ſupra notavimus ibi ſermonem haberi non de conſtitutione dotis, ſed de alienatione ex lege Julia, quæ prædium ſoli Italici in dotem datum alienari prohibet invita uxore; id eſt non dotem dictam, aut promiſſam, ſed datam. Propterea Ulpianus ait, ne prædium alienetur, omnino exigi, ut ſit datum, ſive tunc dici dotale, cum ejus dominium viro quæſitum eſt; nam dandi verbum, quo lex Julia uſa eſt, dominii tranſlationem denotat, *§.ſic itaque, Inſtit.de actionib.* Nobis autem ſermo eſt extra caſum legis Juliæ, id eſt, non de dote data, ſed de dicta, vel promiſſa, & de hac quæritur, an vera dos ſit.

II. Ratione non valde diſſimili reſpondendum eſt ad *d.l.de diviſione* 5. cum dicitur, *Dotale prædium conſtitutum eſt in tradita poſſeſſione.* Quippe nec ibi de conſtitutione dotis ſermo eſt, ſed de diviſione fructuum prædii dotalis inter virum,& uxorem, ſoluto matrimonio. Et Ulpianus ait,prædium dici dotale ex die tranſlationis, non ex die dotis conſtitutæ, id eſt eos tantum fructus dividi, qui a marito percepti ſunt poſt traditionem, non etiam quos uxor ante traditionem percepit. In hac, inquam,diviſione fructuum prædium ex ſpeciali ratione non incipit eſſe, & dici dotale, niſi ex quo traditum eſt.Ratio eſt,quia ante traditionem marito loco fructuum currunt uſuræ trientales, ſcilicet uſuræ vicem fructuum ſubeunt, *l.uſuræ, ff.de uſuris*. Quare ſi etiam ipſi fructus interim ab uxore percepti dividerentur, jam maritus bis iiſdem fructibus frueretur, quod eſſet abſurdum.

III.Quam-

Digitized by Google

III. Quamvis in *d.l.Titio centum, §.Titio genero* habeatur, mulierem dici dotatam, cum dotis ſolutio fit; tamen ibi ſermo eſt de dote legata, quæ non fuit viro promiſſa, ſed ſolum a teſtatore mulieri relicta. Qua in ſpecie verum eſt, mulierem tunc incipere eſſe dotatam, cum legatum ab herede præſtatur; propterea quod legatum dotis non eſt dotis conſtitutio: nam contra heredem non agitur actione dotali, ſed actione ex teſtamento, vel reivindicatione, aut hypothecaria. Hæc ergo ſunt extra quæſtionem noſtram, quæ eſt de dote viro promiſſa.

IV. Eadem facilitate rejicitur argumentum ex *d. l.* 1. & 4. ubi dotem facit non ſcriptura dotalis, ſed numeratio. Quæ verba non reſpiciunt dotis conſtitutionem, ſed ejuſdem repetitionem, quæ ſoluto matrimonio nequit ab uxore repeti ex hoc ſolum, quod in inſtrumento promiſſa fuerit, ſed probari omnino debet, fuiſſe eidem viro ſolutam; alioqui mulier exceptione dotis non numeratæ repelletur.

V. Difficilior videtur ſolutio ad textum Papiniani in *d. l. ſi ſocius*, qui a Cujacio adducitur. Species eſt: inter ſocios omnium bonorum conventum eſt, ut de communi dos conſtitueretur. Alter ergo ex his filiæ, dum eam collocaret, dotem conſtituit, & filia herede inſtituta deceſſit, cujus morte ſocietas ſoluta eſt. Deinde ſolutum eſt filiæ matrimonium. Quærit Papinianus, an in judicio ſocietatis mulier præcipiat quantitatem. Et diſtinguit inter dotem numeratam, & promiſſam; nam ſi filia datam dotem, poſtquam patri heres extitit, Jure ſuo recepit a viro, non eſt referenda pecunia ſocietati, ideſt mulier eam ſibi præcipit. Quod ſi dote viro non ſoluta, accepto ab eodem liberata ſit, nequaquam imputari poteſt ſocietati non ſoluta pecunia. Ita Papinianus. Ex quo infertur, dotem tantummodo promiſſam veram dotem non eſſe, nec abſceſſiſſe a bonis paternis.

Sed neganda eſt illatio. Nam quod promiſſa dos nec imputetur ſocietati, nec præcipiatur a filia, non eſt ex eo, quod vera dos non ſit, ſed eſt ex natura judicii ſocietatis: quandoquidem non omne æs alienum, quod manente ſocietate contractum eſt, ſocietatis onus eſt, ſed id tantum, quod ſolutum eſt ſive ſocietate manente, ſive diſtracta. Quod vero nullo modo ſolvitur, utique de communi ſolvendum non eſt, *l. omne æs alienum, cum l. ſeq. ff. pro ſocio*. Cum ergo in ſpecie noſtra mulier per acceptilationem a viro liberata ſit, & patris heres extiterit, ex quo amplius nec viri debitrix eſt, nec patris creditrix, conſequens eſt, ut æs alienum a patre contractum ſolvendum non ſit, & propterea nec in judicio ſocietatis præcipiendum a filia.

Dices cum eodem Cujacio, Peculium non conſtituitur voluntate nuda, ſed traditionem ſive naturalem dationem deſiderat, *l. non ſtatim, ff. de peculio*. Ergo dos æque ſola voluntate non conſtituetur, ſed traditionem exiget.

At non eſt par ratio inter utrumque caſum; nam peculium, cum non ſit contractus, nequit ſolo conſenſu conſtitui: dos vero contractus

eſt,

Digitized by Google

eſt, & proinde non ſolum datione fit, ſed dictione, & promiſſione.

Cum ergo dos promiſſa ſit vera dos, hinc fit primo dotem a patre filiæ promiſſam venire in collationem, *l.1. §.1. ff.de collatione dotis.*

Fit etiam, ſi in lege Municipii fiat de dote mentio, id eſſe intelligendum non ſolum de tradita, ſed etiam promiſſa; quamvis legis municipalis verba ſtricte & proprie ſint accipienda, *l.1. §.ſi is qui, ff.de exercit. act. l.3. §.hæc verba, ff.de negot.geſtis.* Quapropter noſtræ Urbis Conſuetudo, ubi ſoror dotata excluditur a ſucceſſione patris ab inteſtato obeuntis, per fratrem, locum habet etiam in dote promiſſa, ut ſupracitati DD. concludunt.

Verum tamen eſt, quod attinet ad petendam donationem propter nuptias ſoluto matrimonio, non eſſe ſatis dotem fuiſſe promiſſam, vel dictam, ſed omnino exigi, ut data viro ſit, *auth.dos data, C.de donationibus ante nuptias*, ubi dicitur: *Dos data donationem propter nuptias meretur*, Harmenopulus 4.*Proçhiri* 10.*de hypobolo*; nam ita Græci donationem propter nuptias vocant, quod doti reſtituendæ ſubjiciatur, Cujacius 5. *obſ*.4.

At ea munera, quæ ſponſus ante nuptias mittit ſponſæ, ut comtior & pulchrior appareat, ea *Theoretra*, θεώρητρα iidem Græci Juriſconſulti dicunt: & pleno Jure ſponſæ acquiruntur, ut in *Novella Conſtantini Porphyrogennetæ* 12. ubi tamen θεώρετρον ſcribitur. Scilicet, niſi ſponſus fuerit proteſtatus ſe non donare, ſed commodare.

Nonnulla pro complemento ſuperſunt, de quibus ſeparatim videndum eſt. Sit ergo.

Utrum dos Jus Univerſale ſit, an potius Particulare.

QUÆSTIO I.

HAnc quæſtionem obſcuram facit non ſolum multiplex Doctorum opinio, verum id præcipue, quod non ſatis eſt ab ipſis explicatum, quid Jus Univerſale ſit, quid Particulare, aliis alio modo accipientibus, non tam explicando, quam ſupponendo. Ex eorundem tamen dictis videtur colligi, Jus Univerſale eſſe, quod non eſt rei alligatum, nec ab ea dependet, itaut quidpiam afficiat rem, ſed non tangat Jus, quidpiam vero tangat Jus, ſed non afficiat rem. Hujuſmodi primo eſt hereditas, quæ ita a re non dependet, ut *hereditas etiam ſine ullo corpore Juris intellectum habeat*, ut dicitur in *l.hereditas etiam, ff.de petit.heredit.* Secundo, peculium, in quo æs alienum afficit Jus, non item res; nam ſi ſervo peculium legetur, deducitur, quod ſervus domino, vel conſervis, libertiſve domini debet, *l.ſi peculium legetur 6. ff.de peculio legato*: at ſi legentur ſervo ſpecialiter ea, quæ in peculio ſunt, æs alienum non deducitur, *l.ſi peculium ſervo, ff.cit.*

ff. cit. tit. Præterea peculium non vindicatur, res ſingulæ vindicantur; *l. vindicatio 57. ff. de reivind.* ubi habetur, aliud eſſe in grege, ubi & grex, & ſingula corpora vindicantur. Ex his facile intelligitur, Jus particulare eſſe, quod rei alligatum omnino eſt.

His ita poſitis, receptum fere eſt poſt Bartolum, dotem Jus univerſale eſſe. Sequitur Fachineus 10. *contr.* 31. Merenda 3. *contr.* 2. Idque probant ex pluribus.

I. Ex perſpicuis Ulpiani verbis in *l. 1. in princ. ff. de dote prælegata*, ubi hæc habet: *Sed quod diximus, ipſo Jure dotem impenſis minui, non ad ſingula corpora, ſed ad univerſitatem erit referendum*. Ubi aliud rebus competit, aliud univerſitati; & ſub Univerſitatis nomine hic ſine dubio dos intelligitur, ut manifeſtum ſit ex eodem Ulpiano in *l. quod dicitur, ff. de impenſis in rebus dotalibus*, ubi eandem propoſitionem his aliis verbis concipit: *Non enim ipſo Jure corporum, ſed dotis fit diminutio*. Ergo dos & Univerſitas idem ſunt; ut propterea merito dos Jus univerſale cenſenda ſit.

II. Quia dos ipſius filiæ proprium patrimonium eſt, *l. denique, §. ergo, ff. de minoribus*. Sed patrimonium eſt univerſitas, ſeu Jus univerſale, *l. ſi fideicommiſſum, §. tractatum, ff. de judiciis*, ibi: *Cum non loci ſit æs alienum, ſed univerſarum facultatum; æs enim alienum patrimonium totum imminuere conſtitit, non certi loci facultates*. Ergo ita quoque dos Jus univerſale erit.

III. Idipſum demonſtrant ex variis proprietatibus, & conditionibus, quæ Juris univerſalis propriæ eſſe videntur; nam impenſæ in una re dotali factæ poſſunt ex alia deduci, ut quod in ſemente erogatur, ſi non reſponderint meſſes, ex vindemia deducetur, & totius anni unus fructus eſt, *l. divortio, §. item ſi meſſes; l. ſi fundus, §. ult. ff. eod. d. l. quod dicitur, ff. de impenſis in rebus dotalibus*. Præterea in dote pretium loco rei ſuccedit, *l. res quæ ex dotali, ff. de Jure dotium*. Quæ omnia, & his ſimilia dotem Jus univerſale eſſe oſtendunt.

IV. Quia dos naſcitur, creſcit, decreſcit, moritur, quemadmodum de peculio dicitur in *l. peculium, ff. de peculio*. Naſcitur dos, cum traditur, nuptiæque ſequuntur, aut præceſſerunt: creſcit alluvione, creſcit confuſione uſusfructus, & ſimilium, de quibus in *l. un. §. cumque ex ſtipulatu, C. de rei uxor. act.* decreſcit caſu fortuito, & moritur ſoluto matrimonio, Cujacius in *d. §. cumque ex ſtipulatu*. Sed peculium ex communi Doctorum ſententia eſt Jus univerſale, ex *l. 6.* & *l. ſi peculium ſervo, ff. de peculio legato*, & *l. vindicatio 57. ff. de reivind.* Ergo etiam dos.

Verum hæc non quidem concludunt, dotem eſſe Jus univerſale, ut volunt, ſed ſolum probant dotem eſſe Univerſitatem. Quæ duo invicem longe diſtant. Nam Univerſitas non eſt Jus, ſed corpus quoddam a lege confictum, quod licet ex pluribus disjunctis, & diſtantibus conſtet, a lege tamen pro uno habetur, ut chorus, grex, municipium, & hujuſmodi re-

reliqua, *l.rerum miſtura, ff.de uſucapionibus*;& tradit Seneca *epiſt*.102. Id corpus ab Hotomano *Dejunctum* ſolet appellari. E contrario Jus Univerſale eſt, quod ſecum adnexam habet repræſentationem, & æs alienum, *l.ſciendum,§.2.ff.de ſeparationibus,auth.de Jure ſur.a moriente præſtito*.Hæc ut facilius intelligantur, pro exemplo proponamus hereditatem,hæc enim in herede eſt Jus univerſale, qui propterea & defunctum repræſentat, & de ejuſdem ære alieno tenetur: at in emtore (cui ſcilicet heres totam hereditatem vendidit) non eſt, niſi Univerſitas, ſeu patrimonium: quare emtor non eſt loco heredis, neque tenetur excipere actiones hereditarias, licet ea lege emerit, ut creditoribus defuncti ſatisfaciat, *l.2. C.de hered. vendita*.

Itaque quidquid Jus univerſale eſt, id etiam univerſitas eſt, at non contra. Nam hereditas eſt univerſitatis ſucceſſio, *l.3. in princ. ff.de bonor. poſſeſſionibus*, quod alibi dicitur ſucceſſio in univerſum Jus, *l.hereditas, ff.de reg.Juris*, id eſt non in res ſingulas, in ſingula corpora, ſed in univerſum patrimonium, quod abuſive Jus vocatur.

Dicimus ergo duo. I. dotem non eſſe Jus Univerſale. II. eandem eſſe Univerſitatem.

I. Adeo verum eſt, dotem non eſſe Jus univerſale, ut nec tale ſit, quamvis mulier omnia ſua bona in dotem dederit, *l.mulier bona, ff.de Jure dotium*; ubi cum in ſpecie propoſita quæreretur, an maritus quaſi heres creditoribus ſuæ uxoris reſpondere teneretur; ait Paulus non teneri, eum non ſit quaſi heres, ſed quidquid poſſidet titulo ſingulari dotis habeat. Verum quia non plus eſt in promiſſione bonorum, quam quod ſupereſt deducto ære alieno, ideo creditores agere contra mulierem, ut repetat a viro, quod in dotem non dediſſe cenſetur, idque ipſis reſtituat. Vide Fabr.*dec*.48.*err* 7. qui hæc eadem donationi omnium bonorum adaptat.

Neque obſtat, filiam nuptam poſſe a patre in dote inſtitui, quod hic Alexander objicit ex *cap. Raynutius, de teſtamentis*, & docet late Gl. in *l.denique, §.ergo, ff.de minoribus*; nam facilis reſponſio eſt, ex inſtitutione dotem tranſire in hereditatem, id eſt Univerſitatem in Jus Univerſale, ut in omni inſtitutione accidit, in qua patrimonium defuncti mutatur in hereditatem; & e contrario per aditionem hereditas migrat in patrimonium heredis: unde quod ante aditam hereditatem eſt expilatio, poſt aditam eſt furtum, *l.hereditariæ, ff.de furtis*. Verum eſt tamen, in ſpecie propoſita dotem utroque Jure frui, ſed diverſo reſpectu; nam quatenus eſt tradita viro, eſt Univerſitas: quatenus eſt relicta filiæ, eſt Jus Univerſale.

Præterquamquod facile negari poteſt, filiam poſſe a patre in dote jam conſtituta heredem inſtitui: neque hoc dicitur in *d.cap.Raynutius*.Et ratio eſt, quia dos eſt proprium ipſius filiæ patrimonium, quod mortuo patre, non exacta dote, filia ſuo Jure repetit etiam exheredata, vel præ-

ſerita, vel bonis paternis abſtinens, *l.ult. ff.de collatione dotis*, *l.pater filiam, ff.ad l.Falc.* & ibi Goveanus eleganter tractat, Faber in *d.l.denique, §.ergo etiam, ff.de minoribus*, *& dec.*13. *er.*2.

II. Dotem eſſe Univerſitatem probant argumenta ſupra ab Adverſariis adducta; & manifeſte docet Ulpianus in *d.l.*1.*in princ. ff.de dote prælegata*, ubi dos non appellatur Jus univerſale, ſed *Univerſitas*, eodem modo, ac ratione, quo patrimonium *Univerſitas* dicitur ab eodem Ulpiano in *d.l.ſi fideicommiſſum, §.tractatum, ff.de judiciis*. Idipſum eſt de peculio ex ſupracitatis Juribus.

Et eſt quidem dos Univerſitas,etſi unum corpus ſit, quod in dotem datum eſt, quaſi Jus omne in unum reciderit, ſicuti Municipii Univerſitas in uno capite ſubſtinetur, *d.l.*7.*§.ult. ff.quod cujuſque Univerſitatis.* Et ita quam facillime reſoluta eſt tota hæc quæſtio, in qua tantopere Doctores inſudant, & æſtuant.

Unum notabimus, a Bartolo, & Soccino hic deductum, dotem eſſe Jus univerſale, quia in repetenda dote libellus incertus admittitur, *l.ult. C.de ſententiis*, *quæ ſine certa quantitate*, Gl. in *d.l.*1. *&* 2. Quod argumentum futile omnino eſt; nam id fit, quia judicium dotis bonæ fidei eſt; quippe judicium bonæ fidei eſt pecuniæ incertæ, judicium ſtricti Juris eſt certæ, Cic. *pro Roſcio Comœdo*, & nos infra in actione ex ſtipulatu pro dote.

Hæc tamen omnia velim accipi de dote, quæ in matrimonio per uſum intervenit; nam ſi matrimonium coemtione celebretur, maritus eſt quaſi uxoris ſucceſſor, ut infra de dominio dotis dicemus. Proinde dos eo caſu Jus univerſale eſt.

Utrum dotis incertæ promiſſio valeat.

QUÆSTIO II.

IMplicat hanc quæſtionem duarum legum antinomia. Nam ex Papiniano in *l.cum poſt, §.gener, ff.de Jure dotium*, dos, quæ promittitur non demonſtrata re, vel quantitate, ſubſtinetur, eritque deinde conſtituenda juxta modum facultatum promittentis, & dignitatem viri, qui matrimonium contraxit. Placet recitare verba Juriſconſulti, quæ ſunt: *Gener a ſocero dotem arbitratu ſoceri certo die dari, non demonſtrata re, vel quantitate, ſtipulatus fuerat: Arbitrio quoque detracto ſtipulationem valere placuit*. Et deinde ſubdit: *Dotis etenim quantitas pro modo facultatum patris, & dignitate mariti conſtitui poteſt*. Ubi duo Papinianus habet. I. dotis incertæ promiſſionem valere, quia remiſſa in arbitrium Soceri. Neque in hoc præſens quæſtio verſatur; nam & Gordianus Imperator in *l.*3. *C.de Jure dotium* idipſum ait, redditque hujus diſpoſitionis

ra-

rationem; quia videtur boni viri arbitrium ſtipulationi inſertum eſſe. II. de quo quæſtio eſt, eam dotis incertæ promiſſionem ſibi conſtare, etiam ſecluſo ſoceri arbitrio. Ex quo rejicitur Azo, qui exiſtimabat, dotis promiſſionem ideo a Papiniano pro valida haberi, quia arbitrium inſertum erat, alias non valituram. Quæ ſane explicatio aperte refutatur ex illis verbis textus, *Arbitrio quoque detracto.*

Contrarium ergo huic poſteriori Papiniani dicto eſt, quod Alexander Imperator docet, dum nullam marito concedit actionem ad petendam dotem, quæ ſine certa quantitate, vel ſpecie fuit promiſſa. Verba ſunt in *l.* 1. *C. de dotis promiſſione*: *Fruſtra*, inquit, *exiſtimas, actionem tibi competere, quaſi promiſſa dos tibi, nec præſtita ſit; cum neque ſpes ulla, neque quantitas promiſſa ſit, ſed hactenus nuptiali inſtrumento adſcriptum, quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiſerit.* Et notandum, hoc quoque caſu ſtipulationem interveniſſe, ut conſtat ex verbo *Promiſſa*, juncto verbo, *Inſtrumento*; nam ſi ſcriptum in inſtrumento fuerit promiſiſſe aliquem, perinde habetur, atque ſi interrogatione præcedente reſponſum ſit, *§. ſi ſcriptum, Inſtitutionibus de inutilibus ſtipulationibus*. Unde audiendus non eſt Accurſius in *d. l.* 1. dum putat, ibi ſimplex pactum, vel nudam promiſſionem interveniſſe, & eapropter promiſſionem dotis incertæ invalidam declarari. Præterquamquod Alexander omnino in incertitudine nititur; & inſuper dotis promiſſio ſemper efficax eſt, quia ſemper ex beneficio legis interpoſita ſtipulatio cenſetur, *l. exactionem, C. de dotis promiſſione*. Notandum quoque, omnino ſomniare Forcatulum in *cupidine Juriſperito cap.* 2. *num.* 8. ideo maritum ab actione petendæ dotis excluſum, quia ex generali promiſſione omnia mulieris bona in dotem petebat; de qua re nullum verbum in toto eo contextu legere eſt.

His rejectis placet, ut cum Juriſconſultis Græcis Harmenopolo 4. *Prochiri tit.* 8. *cap. de dotis prærogativa*, & Thalelæo ad *l.* 1. *C. de dotis promiſſione*, ita diſtinguamus. Aut dos promiſſa ab eo eſt, qui ex officio dotem conſtituere tenetur, & quamvis incerta ſemper valet. Et hoc ait Papinianus in *d. l. cum poſt*, *§. gener*, ubi ſocer dotem promiſit, id eſt pater puellæ. Et ideo valet, quia pater ex officio dotem congruam filiæ conſtituere tenetur: proinde ejus promiſſio quamvis rei incertæ facta, ſemper tamen intelligitur certa Jure, id eſt congruæ dotis, quæ definitur ex quantitate facultatum patris, & ex qualitate viri: quare merito pater ex ea promiſſione convenitur. Aut dos eſt ab alio promiſſa, qui ex officio ad dotandum non adſtringitur, & cum incerta eſt, non obligat; ut eſt ſpecies Alexandri in *d. l.* 1. ubi mulier ſe ipſam dotavit. Et ideo non valet, quia determinari quanta dos ſit, non poteſt, & remanet incerta facto, & Jure, cum mulier ſibi dotem congruam conſtituere non teneatur: quare poſſet mulier vel unicum nummulum dotis nomine exhibere, ut Harmenopolus, & Thalelæus notant. Hinc ſibi imputet maritus, ſi incertæ dotis promiſſioni ſtetit. Hæc conciliatio non modo eſt Græcorum, ſed etiam veterum

teſum Latinorum; de quibus meminit Accurſius in *d. §.gener*. Sequuti eam ſunt Connan.8.*comment*.8. Duarenus 1.*anniverſar.diſp*.16. Fachin.8. *contr*.75. Cujacius ad *tit.C. de dotis promiſſione*.

Quod diximus de patre, locum etiam habet, ſi pro filia ſecundo nubente dotem non deſignata quantitate, aut ſpecie promittat; quippe eo etiam caſu dos definita eſt à lege, ut non minor ſit ea, quæ in primis nuptiis intervenit; niſi forte ſubſtantia patris aliqua clade diminuta ſit: tunc enim tantam filia ſecundo nubens dotem accipiet, quantam ſubſtantia patris ferre poteſt, *§.quia vero jam,cum ſeq.auth.de æqualitate dotis*.

Quemadmodum petatur.

Pars Ultima Rubricæ.

Videndum hic nobis eſt de actionibus, quibus ſoluto matrimonio dos ab uxore petatur, ſive repetatur; nam has præcipue reſpicit adverbium illud, *Quemadmodum*. Sunt autem tres, duæ in rem, reivindicatio, & hypothecaria, una in perſonam, id eſt ex ſtipulatu. De ſingulis dicamus.

De Reivindicatione dotis.

Juſtinianus in *l.in rebus, C.de Jure dotium*, novum Jus in beneficium mulierum introducturus ſtatuit, pro omnibus rebus dotalibus, ſi tamen extent, ſive æſtimatis, ſive inæſtimatis, mulierem ſoluto matrimonio vindicationem habere. Cujacius rei rationem reddit in hæc verba: *Non enim quod legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta, vel confuſa eſt*. Itaque docet, res dotales non ſolum ab initio uxoris fuiſſe, ſed & conſtante matrimonio naturaliter in ejuſdem permanſiſſe dominio.

Qua in re plura difficilia occurrunt.

I. Cum ait, res dotales prius fuiſſe uxoris, videtur falſum quoties dotem non ipſa mulier ſibi de ſuis bonis conſtituit, ſed alius de ſuis nomine mulieris, puta mater, frater, extraneus.

Sunt qui reſpondent ex Ulpiano in *l.3.§.ult.ff.de donationibus inter virum & uxorem*, ubi ſi maritus debitorem ſuum uxori ſolvere juſſerit, dicitur nummos factos mariti; deinde uxoris. Sic ergo in ſpecie noſtra dos ab extraneo data viro, videtur prius facta mulieris; nam celeritate conjungendorum actuum una actio occultatur. Quæ traditio brevi manu facta dicitur. Verum hic textus nihil ad rem noſtram, in qua nullus adeſt mulieris Juſſus.

Placet ergo, ut ſolam hic contemplationem inſpiciamus; dubium enim

enim eſſe non poteſt, quin extraneus dotem viro mulieris ſolvens, id contemplatione mulieris faciat, id eſt ut ipſa ita, tanquam dotata, facile nuptui tradi poſſit, & maritum inveniat, *l.1. ff. de ritu nuptiarum*. Jam ſatis conſtat, quod contemplatione unius alteri traditur, id priori traditum intelligi, & ab hoc deinde poſteriori, *l.profectitia, in princ. ff. de Jure dotium*, ubi ſi quis patri donaturus, dotem dedit, dos a patre profecta dicitur. Et hinc pendet diſpoſitio textus in *l. filiofam. ff. de conditionibus, & demonſtrationibus*, in quo legatum filiofamilias ſub hac conditione, *Si in poteſtate patris manſiſſet*, patri legatum videtur, & pater ſuo nomine legatum petet. Hæc quoque brevis manus eſt, ſed ſine Juſſu, ſola contemplatione. Itaque dos ab extraneo conſtituta, quia mulieris contemplatione datur viro, uxori data videtur, & ab uxore deinde viro. Quocirca recte Juſtinianus omnem dotem ab initio uxoris fuiſſe ait. Hæc intelligenda ſunt, modo pactum, ut ſoluto matrimonio dos revertatur ad dotantem, non adſit.

II. Extra omnem rationem eſſe videtur, cum Juſtinianus ſtatuit, rerum etiam, quæ æſtimato in dotem datæ ſunt, dominium apud uxorem manere poſt contractum matrimonium, & dotem ſolutam. Nam æſtimatio veram venditionem inducit, ex qua maritus fit verus & ſolus dominus fundi æſtimati; quare ſoluto demum matrimonio, non fundum, ſed pretium reſtituet, *l.quoties, C.de Jure dotium, l.plerumque, §.ſi ante, ff.cit. tit.* Hinc maritus fundum arbitratu ſuo, ſine conſenſu uxoris, alienare poteſt; quippe lex Julia, quæ alienationem fundi dotalis prohibet, non intelligitur niſi de fundo inæſtimato, *l.cum poſt divortium, §.in dotem, ff.cit.tit.* Hinc etiam, ſi res æſtimatæ poſt matrimonium creſcant, exempli gratia, alluvione, aut diminuantur, id omne lucro, & damno mariti cedet, *d.§.in dotem, & l.æſtimatæ, ff.hoc tit.*

Varie a Doctoribus reſponſum eſt apud Accurſium in *d.l.in rebus, v.æſtimatæ*. Nam Martinus cogitabat, Juſtinianum loqui de eo caſu, quo æſtimatio fit, non ad inducendam venditionem, ſed ſolum ad hoc, ut valor rei notus ſit, ut ſi culpa viri res deterior fiat, vel pereat, ſoluto matrimonio petatur id, quod intereſt; & ſi res extant, ipſæ reſtituendæ ſunt, ut in *l.ſi inter virum, C.de Jure dotium*.

Quidam vero Juſtinianum intelligunt, cum non ſolum res æſtimatæ ſunt, ſed præterea convenit, ut æſtimatio, aut res præſtetur, utrum mulier volet: quo caſu æſtimatio non ſtatim venditionem inducit, ſed tunc demum, cum facta electio eſt, interim rebus tanquam inæſtimatis manentibus, *d.l.plerumque, §.ult.* Quare nequibit maritus alienare, niſi ubi uxor pretium elegerit, *l.quod ſi fundus, ff.de fundo dotali*. Nil ergo mirum, ſi ante electionem mulier earum rerum dominium habere dicatur.

Utraque explicatio vera eſt. Accurſius tamen his minime contentus, Juſtinianum accepit in eo caſu, quo vir conſtante matrimonio vergit ad in-

Digitized by Google

inopiam; tunc enim voluit, uxori actionem rei vindicationis utilem pro rebus æſtimatis impartiri, *l.uxor marito*, *in fine*, *ff.de donationibus inter virum*. Quæ nullo modo arrident; nam neque illa lex quicquam de dote habet, ſed de pecunia ab uxore marito ſuo donata, quæ donatio ex oratione Antonini Auguſti nullius momenti eſt; & præterea textus in *d.l.in rebus*, loquitur de repetitione dotis ſoluto matrimonio, ibi, *Poſt diſſolutum matrimonium*. Itaque a duabus primis explicationibus recedendum non eſt.

III. Generaliter quod Juſtinianus affirmat, dotis dominium conſtante matrimonio eſſe apud uxorem, etiam in rebus inæſtimatis, recipi non poſſe videtur. Verum quia hæc difficultas ob ſui gravitatem, meretur ſpecialem diſcuſſionem, ideo ſit.

Utrum dotis dominium ſit apud virum, an potius apud uxorem.

Quæstio Unica.

URgent non leves ex utraque parte rationes, ut recte in noſtra lege ab Accurſio *v.naturali Jure*, animadverſum eſt. Nam ex una parte dominium dotis inæſtimatæ manere apud virum, ex pluribus ſit manifeſtum, quæ Bulgarus, & Joannes notant.

I. Quia ad acquirendum rerum dominium Jure naturali duo exiguntur, traditio, & titulus juſtus, quæ ſane omnia accidunt in dote data, ut expreſſe habetur in *§.ſed ſi quidem, Inſtitut.de rer.diviſione*: quare dotis dominium viro quæſitum eſt. Præſertim quia dos donationibus accenſetur, *l.ult. in princ. C.de donationibus ante nuptias*. Unde eſt, quod ſi res aliena in dotem viro tradita ſit, licet ſtatim dominus non ſit, fiet tamen dominus per uſucapionem, ut in *tit.ff.pro dote*. Et recte dos dicitur tranſire in patrimonium viri, *d.l.in rebus*, & dotis datione dominium mutari, *l.quoties, §.ult. ff.de peculio*.

II. Quia vir omnes dominii effectus obtinet; ipſe enim rei vindicat, *l.doce ancillam, C.de reivindicat.* manumittit ſervum dotale, *l.1. C.de ſervo pignori dato, l.ſervum dotalem, ff.eod.* & jubet, ſervum dotalem hereditatem adire, *l.ſervus dotalis, ff.hoc tit.*

III. Ex verbis legis Juliæ; quæ licet marito prædii dotalis in ſolo Italico alienationem prohiberet, fatetur tamen eum ejuſdem apud ſe habere dominium, *tit.Inſtitutionum quibus alienare licet, in princ. & §.1.*

Ex altera parte dotis inæſtimatæ domina videtur uxor, quod volebat Martinus, ſcilicet tum quia dos eſt proprium patrimonium mulieris, *l.is eum, ff.de religioſis, l.denique, §.ergo, ff.de minoribus*; tum etiam, quia theſaurus in fundo dotali a marito inventus uxori reſtituitur, quaſi in alie-

no

no inventus, *l.divortio*, *§.ſi fundum*, *in fine*, *ff.eod.* Tum tandem, quia partus ancillæ dotalis uxoris eſt, *l.ſi marito*, *§.ult.ff.eod.* *l.un.* *§.itaque*, *C. de rei uxor act.*

Accedit, quod uxor conſtante matrimonio eſt domina rerum viri; ut diximus ex *l.1. ff.rerum amot. cum concordantibus*. Ergo multo magis erit domina dotis.

Pro his conciliandis varie Doctores diſtinguunt. Et quidem Vultejus *diſcept.19.* breviter rem confici poſſe putat, ſi dicamus, rei in dotem datæ dominam eſſe mulierem, ſed dotis ipſius, hoc eſt Juris, dominum eſſe maritum. Quæ tamen diſtinctio aperte rejicitur, quia rei dotalis maritus dominium per traditionem acquirit, & quia rem vindicat, & tandem, quia in *cit.tit. Inſtitutionum quibus alienare licet*, aperte maritus prædii dotalis dominus dicitur, licet ejuſdem alienandi poteſtatem non habeat.

Alio ſe vertit Cujacius 10. *obſ.*32. qui docet, inſpecto initio, quoniam traditur marito dos, dotis dominum ſolum eſſe maritum Jure naturali. Inſpecto exitu, quia plerumque morte mariti, aut divortio ſoluto matrimonio, dos redit ad mulierem, duos eſſe dominos, unum Jure naturali, nempe mulierem, alterum fictione Juris civilis, id eſt maritum. Sed neque hæc ſatisfaciunt.

Hæc quæſtio de dominio rerum dotalium, quæ hodie magna eſt, olim nulla omnino erat, & componebatur ſolenni ea diſtinctione dominii Quiritarii, & Bonitarii; quam etſi abolere conatus ſit Tribonianus in *l.un. C.de nudo Jure Quiritum tollendo*; tamen eo invito in pluribus noſtri Juris partibus remanſit, veluti in bonorum poſſeſſionibus; quippe filius emancipatus, exempli gratia, dum patri beneficio Prætoris per bonorum poſſeſſionem ſuccedit, res patris in bonis habet, ſed eidem heres non eſt, quod eſt tantundem ac ſi dicas, dominum fieri Bonitarium, non etiam Quiritarium; nam quis heres non ex Prætoris edicto, ſed ex Jure Quiritium fit, *§.quos autem*, *de bonor. poſſeſſionib.* Remanſit etiam inter heredem, & fideicommiſſarium; nam reſtituta ex 1 rebelliano hereditate, heres adhuc heres eſt, id eſt dominus Quiritarius, licet res in bonis fideicommiſſarii ſint, qui propterea dominus Bonitarius eſt, *§.reſtituta*, *de fideicomm. hereditatibus*. Et ob eam rationem partus ancillarum ante diem fideicommiſſi editos heres retinet, nec reſtituit, licet in quartam & quartæ fructus imputet, *l.24. ff. ad l.Falc.* Ita etiam ſuus heres dum ab hereditate beneficio Prætoris abſtinet, nil niſi dominium Bonitarium amittit; adhuc enim heres eſt, ſive dominus Quiritarius, *l.1. §.qui ſunt in poteſtate*, *ff.ſi quis omiſſa cauſa teſtamenti*. Quamvis ſi verum fateri licet, a Triboniano dominium Quiritum eo ſolo caſu ſublatum videtur, quo nudum eſt, ut ipſe titulus oſtendit, qui ita concipitur, *De nudo Jure Quiritum tollendo.*

Sed ut alia multa hujus diſtinctionis veſtigia, quæ paſſim in Jure

noſtro occurrunt, omittam, ſatis ſint ea, quæ circa dominium rerum dotalium extant; non enim ex alio fonte emanat, quod harum rerum dominium modo tribuitur marito, modo uxori. Dicendum eſt ergo utrumque verum eſſe, ita tamen, ut uxor domina Quiritaria ſit, maritus vero dominus Bonitarius.

Conſtat id expreſſe ex Tryphon. in *l.quamvis, ff.de Jure dotium*, ubi habetur: *Quamvis in bonis mariti dos ſit, mulieris tamen eſt*. Eſt dos in bonis mariti, id eſt vir ejus dominium habet, ſed bonitarium; quod ex hac ipſa lege patet, cum paulo poſt dicitur: *Quamvis apud maritum dominium ſit*. Duo ergo hic ſimul habentur, maritum eſſe dominum dotis, & eam in ſuis bonis habere. Quæ nihil aliud aut valent, aut valere poſſunt, quam ipſum dominum bonitarium eſſe. Cum vero additur, *dotem mulieris eſſe*, id niſi de dominio Quiritario capi non poteſt. Neque obſtat quod dicitur, duos in ſolidum ejuſdem rei dominos eſſe non poſſe, *l.ſi ut certo*, *§.ſi duobus*, *ff.commodati*; nam id de ejuſdem dominii genere intelligendum eſt, non de diverſo, *d. l.un. C. de nudo Jure Quir. toll.* ſicuti quoque de eodem dominii genere capiendum eſt, cum dicitur, id quod noſtrum eſt, amplius noſtrum fieri non poſſe; nam qui dominus bonitarius eſt, poteſt amplius Quiritarius fieri, ex *l.ſi finita*, *§.Julianus*, *ff.de damno infecto*, ubi qui ſecundo decreto a Prætore dominus conſtitutus eſt, poteſt per longum tempus dominium capere; quippe ex decreto Prætoris fit dominus quidem, ſed bonitarius: cum vero is idem deinde uſucapit, fit amplius Dominus, ſed Quiritarius.

Eſt ergo uxor conſtante matrimonio, dote tradita, domina dotis Quiritaria, quia ejus rei proprietatem habet. Ex quo fonte oriuntur ea omnia, quæ ſupra ex Martino adduximus, nempe, ut theſaurus in fundo dotali a marito inventus, uxori reſtituatur, quaſi in alieno inventus, *l.divortio*, *§.ſi fundum*, *ff.eod.* & ſervi dotales reſpectu mariti, vocentur alieni, *l.ſi conſtante*, *§.ult. ff.eod.* & ut partus ancillæ dotalis uxoris ſit, *l.ſi marito*, *§.ult. ff.eod. l.un. §.itaque*, *ff.de rei uxor.act.* partus enim ancillæ, cum in fructu non ſit, ad proprietarium pertinet, *l.vetus*, *ff.de uſufr.* & hoc domum ſenſu dicitur, dotem eſſe proprium patrimonium mulieris, *l.in eum*, *ff.de religioſis*, *l.denique*, *§ ergo*, *ff.de minoribus*: ita dotem mulieris eſſe, *l.pater filiæ*, *ff.de evictionibus*.

E diverſo maritus, quia res dotales in bonis habet, capit ex his uſum, capit fructum, ideo dominus bonitarius eſt, *d.l.quamvis*, cui concordat Paulus in *l.Lucius Titius*, *§.idem reſpondit 4. ff.ad municipalem*, ibi: *Idem reſpondit conſtante matrimonio dotem in bonis mariti eſſe*. Boetius in *Topicis Cic. Dos licet matrimonio conſtante in bonis viri ſit, eſt tamen inter uxoris Jura*. Unde originem ducunt quæcumque Bulgarus urgebat, nam cum in *l.dotale prædium*, *§.dotale*, *ff.de fundo dotali*, dicitur dotalis prædii dominium marito quæſitum eſſe, id de dominio bonitario capiendum eſt. Quo etiam ſenſu lex Julia prædium dotale mariti eſſe ait,

§.1.

Digitized by Google

§.1. tit.quibus alienare licet. Hinc ſit, ut uxor, quæ ante traditam dotem plenum in ea dominium habebat, ea tradita,faciat maritum dominum bonitarium, ipſa remanente domina Quiritaria; & hoc eſt, quod habetur in *l.quoties, §.ult. ff.de peculio,* ubi *dotis datione dominium mutatum dicitur*; ubi notamus non dici dominum mutari, ſed mutari dominium, id eſt ex pleno abire in Quiritarium, & Bonitarium.

Ex hoc eſt, quod dos dicitur tranſire in patrimonium viri, *l.in rebus, C.de Jure dotium*: quod vir manumittit ſervum dotalem, *l.1. C.de ſervo pignori dato*: quod jubet ſervum dotalem hereditatem adire, quæ tamen uxori quæritur, *l.ſervus dotalis, ff.eod.*

Conſentit his omnibus Juſtinianus in *d.l.in rebus,C.de Jure dotium*, cum ait, res dotales & ab initio uxoris fuiſſe, & naturaliter in ejus permanere dominio, licet legum ſubtilitate tranſitus earum in patrimonium mariti videatur fieri. In quibus verbis explicandis quo ſubtiliores noſtri ſtuduerunt videri, eo obtuſiores extiterunt; nam legum ſubtilitas, de qua Juſtinianus meminit, non eſt, niſi hæc dominii Quiritarii, & Bonitarii diſtinctio, quam ipſe abolere tentavit, nec tamen quod voluit, præſtare potuit. Quod ſi uxor in re dotali dominium non niſi Bonitarium habeat, veluti ſi uſumfructum doti det, *l.intereſt,C.de uſufr.* transferet quidem in virum dominium Bonitarium, ſed Quiritarium ſibi non retinebit, quod nunquam habuit.

Illud tamen in difficili eſt, utrum hæc in matrimonio quocunque modo contracto locum habeant, an in aliquo tantum? Et placet, quod docuit P.Antonius de Chavarri in *didaſcalia multiplici par.2.cap.7.n.12.* Docet is, hæc quæ diximus, locum tantummodo habere,ſi matrimonium uſu contractum ſit; aliter re ſe habente in eo, quod per coemtionem celebratur, in quo plenum rei dotalis dominium, id eſt Quiritarium, & Bonitarium, tranſit in virum.

Patet id I. Jure ex Papiniano in *l.dotalem ſervum, ff.eod.* ubi vir dotalem ſervum invita, & refragante uxore, manumiſit; hic vero condidit teſtamentum, ipſumque virum, patronum ſuum, heredem inſtituit. Quæ lex plus habet in receſſu, quam in fronte promittat. Quæ omnia in ſpeciem facillima videntur, at ſi penitius introſpiciantur, maximas involvunt difficultates; nam hic ſervus per manumiſſionem non eſt factus Latinus, ſed Civis Romanus; quippe ſolum Cives Romani, qui majorem libertatem conſequebantur, poterant teſtamentum condere, non etiam Latini, qui vivebant ut liberi, moriebantur ut ſervi, teſtamenti factione carentes, *d.l.un. C.de latin.libertate toll.* Teophil.in *tit.de Libertinis,* Cajus 1. *Inſt.1.* Itaque dubitari non poteſt, in ſpecie Papiniani ſervum ex manumiſſione Civem Romanum factum, ut qui teſtatus eſt. Ergo maritus in eum, licet dotalem, non tantum dominium Bonitarium habebat, ſed etiam Quiritarium; nam dominus Bonitarius, manumittendo non faciebat, niſi Latinos a Junio Norbano introductos; & ad Cives Roma-

Digitized by Google

nos conſtituendos, omnino dominio Quiritario opus erat; *d.l.un.* Unde fit, quod dicebamus, maritum in rebus dotalibus plenum dominium habere; & quia hoc ex ſupradictis, in matrimonio uſu verum eſſe non poteſt, propterea de matrimonio per coemtionem intelligendum eſt.

II. Probatur ratione, quæ tamen varia affertur. Nam Chavarri tres producit. Prima eſt, quia coemtio univerſalis ſucceſſionis ſpecies eſt. Quod probare nititur ex Cajo 2. *Inſtit.*2. ubi hæc habet: *Per univerſitatem, hoc eſt, omnia ſimul bona, acquirimus hereditate, emtione, adoptione*; licet enim hæc verba capi poſſint de magiſtro, qui bona debitoris obærati emebat, quam emtionem fuiſſe olim univerſalem acquirendi modum teſtatur Juſtinianus in *tit. Inſt. de ſucceſſionibus, quæ fiebant per bonorum venditiones*; tamen cum generatim dicatur, *Emtione*, nihil obſtat, quin de noſtra coemtione accipi poſſint. Quare ſi maritus per coemtionem omnia, & ſingula uxoris Jura acquirit, neceſſario fit, ut nihil apud uxorem remaneat, & plenum dominium in maritum transferatur.

Altera eſt, quia uxor coemta tranſit in poteſtatem viri, eique loco filiæfamilias eſt, & ſuis heredibus accenſetur, Ulpianus *tit.*22. *§.ſui*, illis verbis: *Sui autem heredes ſunt liberi, quos in poteſtate habemus, tam naturales, quam adoptivi: item uxor, quæ in manu eſt*, Gellius 18. *N.A.*6. Jam filiafamilias olim nihil proprium habebat, *l.cum oportet, §.*1. *C.de bonis, quæ liberis.* Ergo neque uxor coemta. Utramque rationem confirmare videntur verba Ciceronis in *Topicis*: *Cum mulier*, inquit, *viro in manum convenit, omnia quæ mulieris fuerunt, viri fiunt dotis nomine*: nam illud, *omnia*, & ſpeciem modi utilis acquirendi denotat, & omnis cujuſque dominii translationem in virum.

Ultima tandem, quia coemtio maximam ſimilitudinem habet cum arrogatione, per quam omne dominium in arrogatorem transfertur.

Has tamen rationes eaſque certiſſimas nos ex manifeſtis veteris Juris principiis deducemus, ut verum diſcrimen, quod ad dotem pertinet inter matrimonium uſu, & coemtione recte intelligatur; nec dubito placiturum me illis, qui Juriſprudentiæ fontes deguſtarunt. Non omnibus modis dominium Quiritarium acquiri, ſed certis tantum ex Jure civili Quiritium introductis, conſtat inter omnes. Hi ex Varrone in ſex omnino rebus poſiti ſunt, Hereditate, Mancipatione, in Jure Ceſſione, Uſucapione, ſub corona Emtione, & Auctione, quos explicat Sigonius 1. *de antiquo Jure Civium Romanorum* 11.

His poſitis, quæ certiſſima ſunt. Quia maritus dotis dominium acquirit, videamus quo modo, quove Jure acquirat. Et quidem in matrimonio per coemtionem acquirit de Jure Quiritium, eo modo, qui mancipatio vocatur; nam mancipatio eſt imaginaria venditio, dato nummo uno quaſi in ſimilitudinem pretii, ut latius explicatur a Caſſiodoro 1. *Inſt.*5. ab Ulpiano *tit.*20. *de teſtamentis*, §.1. De eo nummo mentio habetur in *l.ſi quis conduxerit, ff.locati*, & in *l.ult. C.de donationibus.* Jam ipſum

ſum coemtionis nomen ſatis oſtendit, in matrimonio,de quo agimus,mutuam imaginariam venditionem interceſſiſſe, quæ & ipſa nummo uno fiebat. Unde non *Emtio* ſimpliciter, ſed *Coemtio* dicta eſt. De uxore emente nihil ad nos. Videndus tamen Sigonius *lib.1.cap.9.* Sane uxorem venditam fuiſſe marito, conſtat ex eo, quod capite per manus conventionem minuitur, Ulpianus *tit.11. §.minima: Minima, inquit, capitis diminutio eſt, per quam & civitate,& libertate ſalva, ſtatus dumtaxat hominis mutatur: quod fit adoptione, & in manum conventione.* Omnis enim minima capitis diminutio ex imaginaria venditione deſcendit; nam filiusfamilias non ideo per emancipationem capite minuitur, quia fit ſui Juris (aliter filiusfamilias quibusvis modis patrio Jure ſolutus,capite diceretur minui) ſed quia vendebatur a patre. Et hoc eſt, quod ait Paulus in *l.liberos,§.1. ff.de capite minutis.Cum emancipari nemo poſſit,niſi in imaginariam ſervilem cauſam deductus*, Goveanus 1. *lect.26.* Ita quoque adoptatus capite diminuitur,quia adoptanti vendebatur,Gellius 5.*N.A.19.Adoptantur autem, quum a parente, in cujus poteſtate ſunt, tertia mancipatione in Jure ceduntur.* Suetonius in Aug. *cap.64. Cajum, & Lucium adoptavit domi per aſſem & libram emtos a patre Agrippa.* Ita ergo uxor, quia emta a viro, minimam capitis diminutionem ſubibat.

Ex hoc Juris principio plura deducuntur; nam inde fit, quod uxor coemta tranſit in familiam viri, in viri manu, mancipioque eſt, & in ſui heredis locum venit, Gellius *lib.18. cap.6.* Ulpian.*tit.22.& tit.23. Agnaſcitur ſuus heres.... in manum conveniendo.* Sicuti adoptatus olim (ut interim de arrogato ſileam) in adoptivi patris familiam, & poteſtatem tranſibat, eique ſuus erat heres, quod hodie ſolum ab inteſtato obtinet, *§.ſed hodie, de adoptionib.* Et ſicut ex adoptione,tanquam minima capitis diminutione ſolvitur tutela, *§.minima, quibus modis tutela finitur*: ita non modo pupillaris, ſed etiam ceſſitia tutela ex matrimonio per coemtionem ſolvitur, Boetius in *Topicis*, Livius *lib.39.* Cujacius *7. obſ.11.*

Ceterum hæc imaginaria venditio fiebat nummo uno, pretii loco, qui *aſſis Cajanus* Statio dicitur.

Emtum plus minus aſſe Cajano.

Ex verbis ſcilicet, quibus uxor utebatur, *ubi tu Cajus, ego Caja*, de quibus poſt Plut. Coraſius 5. *miſc.14.* Briſſonius *de ritu nupt.fol.42.* Chavarri *loc.cit. num.9.* aliique.

Jam ſi verum eſt, quod eſt veriſſimum, mancipatione omne quodcunque dominium, etiam Quiritarium acquiri, palam eſt in coemtione, quæ mancipando celebratur, viro non modo dominium Bonitarium, ſed etiam Quiritarium acquiri in omnia uxoris bona dotis nomine,quod Cic. ajebat. Quod affirmatur exemplo arrogationis, ex qua olim, ob mancipationem, omne dominium in arrogatorem transferebatur. Et hoc eſt, quod vult Juſtinianus in *tit. de acquiſitione per arrogationem, in princ.* cum ait: *Omnes res... arrogatori antea quidem pleno Jure adquirebantur.*

Ple-

Pleno Jure, id eſt, tam in quantum ad dominium Bonitarium, quam Quiritarium.

Non ita eſt de traditione, quæ eſt modus acquirendi non de Jure Quiritium, ſed de Juregentium, ut quæ in uſu fuit apud omnes gentes toto terrarum orbe diffuſas, *§. per traditionem, de rerum diviſione*, ibi: *Per traditionem quoque Jure naturali res nobis acquiruntur*. Ubi *Jus naturale* dicitur, ut ſæpe alias, quod Juſgentium frequentius appellatur. Propterea traditio dominium Quiritarium non transfert, ſed tantummodo Bonitarium, ad quod nuda traditio ſatis eſt, Boetius in *Topicis*. Itaque cum in matrimonio uſu dos non mancipetur, ſed tantum tradatur, *l. de diviſione*, *ff. eod.* aut etiam detur, *l. dotale*, *§. dotale*, *ff. de fundo dotali*; proinde in ea nil niſi dominium Bonitarium viro acquiritur.

His ita reſolutis, plura in noſtro Jure obſcura lucem recipiunt; ſed quædam tantum in medium protuliſſe ſit ſatis.

I. Intelligitur Scævola in *l. cum maritus*, *§. fin. ff. de pactis dotalibus*, ubi mulier in teſtamento *quoſdam ex dotalibus ſervis manumiſit*, id eſt libertatem directo in teſtamento dedit, ut liberti orcini eſſent; id enim indicat verbum illud, *manumiſit*. Nempe id intelligendum eſt de uxore uſu, quæ conſtante matrimonio domina dotis eſt de Jure Quiritium. Et quidem recte; nam directo libertatem nemo in teſtamento dare poteſt, niſi vel dominus Bonitarius, quo caſu fit libertus Latinus, Ulpianus *tit. 22. §. eum ſervum*: vel dominus Quiritarius, & ſervus juſtam libertatem acquirit, id eſt Civis Romanus fit, idem Ulpianus *tit. 1. §. juſta*. Quare uxor coemta cum nullum in res dotales dominium retineat, conſequens omnino eſt, ut in ſpecie Scævolæ uxor uſu fuerit, ut libertas ſervo dotali directo in teſtamento collata, valida ſit. Dixi directo; nam ſervis alienis per fideicommiſſum relinquitur, ſi modo domini rogentur, ut manumittant; nam eo caſu non qui rogat, ſed qui rogatus eſt, manumittit, *l. ſervo ſuo, C. de teſtamentaria manumiſſione.*

II. Intelliguntur Imperatores in *l. doce ancillam*, *C. de reivind.* ubi contendentibus uxore, & marito de reivindicatione ancillæ dotalis, vincit maritus. Satis dubium eſt de quo matrimonio id capi oporteat; nam licet verum ſit, in rem actionem competere tam ei, qui Juregentium, quam ei qui Jure civili dominium acquiſivit, id eſt tam domino Bonitario, quam Quiritario, *l. in rem*, *in princ. ff. de reivind.* Dubium tamen eſt, cur maritus vicerit, eique potius, quam uxori tributa reivindicatio ſit. Dicendum eſt, ab Imperatoribus ſermonem non haberi de matrimonio uſu, in quo recte ancillam vindicaſſet uxor, ut quæ de Jure Quiritum domina eſt; nam & filius in poteſtate recte a patre vindicatur adjecta cauſa, *De Jure Quiritum*, *l. 1. §. 1. ff. cit. tit.* Sed potius eos loqui de uxore, quæ per coemtionem in manum viri convenit, & omne rerum ſuarum dominium dotis nomine in virum tranſtulit.

Ob-

Obiter hic notandum eſt, non recte ſenſiſſe Anton.Fabr.in *Juriſprudentia Pap.tit.9.princ.4.illation.9.* dum explicans textum in *d.l.1.§.1.* vindicationum omnium ſolemnem clauſulam illam fuiſſe ait, *Hanc rem ex Jure Quiritum meam eſſe ajo*. Si enim ita eſt, utique dominus Bonitarius, qui Juregentium dominium acquiſivit, nunquam vindicabit, contra textum in *d.l.in rem, in princ.*

III. Intelligitur Scævola in *l. Seja, §.1. ff. ad Vellejan.* ubi uxoris fundus prius a marito, tum ab uxore hypothecæ ſuppoſitum fuit. Varie a Doctoribus explicatur. Alii enim de fundo non Italico, ſed de provinciali capiunt, qui obligari a viro poterat; quod non erat de fundo Italico, qui nec uxore conſenſiente valide obligabatur, *§.1. Inſtitutionibus quibus alienare licet, l.un.§.& cum lex, C.de rei uxor.act.* Quidam de fundo Italico accipiunt, ita tamen ut obligatio viri de Jure non præceſſerit, Chavarri *par.2.didaſcaliæ, cap.10.num.9.* Quidquid tamen ſit de viro, illud conſtat pignus ab uxore contractum, fuiſſe validum. Unde idem Chavarri colligit, dominum Quiritarium rem, in qua alter dominium Bonitarium habet, pignori obligare poſſe ſine domini Bonitarii conſenſu, quod eſt contra Fabr. *dec.63. err.5.*

De Hypothecaria dotis.

IN eadem *l.in rebus*, §.1. ſtatuit Juſtinianus, ut mulier pro dote ſive æſtimata, ſive inæſtimata, præter reivindicationem, haberet quoque hypothecariam actionem. Quæ differunt, quia mulier habet illam ut domina, hanc ut creditrix ſub pignore. Præterea quia reivindicatio in una modo res dotales locum habet, hypothecaria vero in cetera etiam viri bona poteſt intendi, Harmenopulus 4. *Proch.tit.8.cap.de dotis prærogativa, Scholio 1.*

Verum hæc l. produc, ut pro omni dote profectitia, vel adventitia omnia mariti bona tacito Jure pignori obligata ſint, *l.un. §.& ut plenius, C.de rei uxor.action.*

II. Ut hæc tacita hypothecaria competat non pro una modo dote, ſed etiam pro paraphernis, id eſt pro aliis bonis mulieris extra dotem, quæ protulit in domum viri, contulitve in ejus manum, *l.ult. C.de pactis conventis.*

III. Ut viro etiam detur Jus taciti pignoris in bonis uxoris, ſi petat dotem promiſſam: vel dote data, ſi agat de evictione rerum dotalium, ſi forte ei ablatæ ſunt Jure judicioque, *d.§.& ut plenius*, & aget vir adverſus uxorem actione ex emto, cum res ei datæ fuerunt æſtimatæ, *l.1. C.de Jure dotium, l.quoties, ff.cit.tit.* Aget vero ſimpliciter de evictione rerum dotalium, ſi res inæſtimatæ ſunt; quando ſcilicet mulier in eis rebus dandis ultro cavit marito de evictione, *l.non ſolum, ff.de Jure dotium,* du-

Dubium tamen eſt, qua ratione uxor cum ſit rei dotalis domina, ejuſdem rei pignus poſſit habere; nam certiſſima Juris regula eſt, pignus rei ſuæ conſiſtere non poſſe, *l.neque pignus*, *ff.de reg.Juris*, *l.ſi rem alienam*, *ff.de pigner.act.* cum nemini res ſua poſſit eſſe obligata; quare Paulus reſpondit non poſſe pignus perſeverare, cum creditor ipſe rei dominus factus eſt, *lex ſexta*, *ff.de except.rei judic.* Et ſi res aliena emta bona fide, mihi pignori data ſit, definit pignus eſſe, quando dominus me heredem inſtituit, *l.ſi rem alienam*, *ff.de pigner.act.* Vide Schifordegherum *lib.2. tract.22. q.2.*

Pro reſponſione, concedimus nemini rem ſuam pignori eſſe, at negamus, nemini in rem ſuam pigneratitiam competere; lex enim aliquando ex bono & æquo etiam ubi pignus non eſt, actionem pigneratitiam concedit, id eſt domino in rem ſuam. Plura hujus rei exempla habemus. Primum eſt in *l.debitor*, *ff.ad Trebell.* ubi creditor inſtitutus heres a debitore ſub pignore, & fideicommiſſo gravatus, ſi coactus Juſſu Prætoris adiit, & proinde dominus pignoris factus eſt; tamen reſtituto ſolido, habet actionem Servianam pro recuperanda re a fideicommiſſario. Ex quibus clare conſtat, dari heredi ex bono & æquo pigneratitiam, non exiſtente contractu pignoris, ut qui per aditionem reſolutus eſt; bonum autem & æquum in eo nititur, quia verum eſt, non eſſe creditori ſolutam pecuniam, ut textus ibidem ait. Secundum exemplum eſt in *l.pen. §.Latinus in fine*, *ff.de except.rei judicatæ*, ubi qui rei ſibi hypothecatæ nactus eſt dominum per traditionem ex cauſa tranſactionis, obtinet contra creditores ejuſdem rei actionem pigneratitiam, extincto licet pignore, ut clare ibi Paulus ait: *Neque enim poteſt pignus perſeverare domino conſtituto creditore: actio tamen pigneratitia competit.*

His ergo exemplis motus Juſtinianus, cum videret in dote æquum & bovum pleniſſime locum habere, *l.Jure ſuccurſum*, *§.fin. ff.de Jure dotium*; propterea ſtatuit, uxorem in rebus dotalibus, quamvis hæ in ejus dominio ſint, habere pigneratitiam, nullo licet pignore, neque nunc, neque olim exiſtente.

Ceterum his actionibus uxor ſimul uti non poteſt, ſed una electa altera tollitur, exemplo ejus, quod de legatario dicitur in *l. cum filius*, *§.variis*, *ff.de leg.2.* ubi ideo variis actionibus legatorum ſimul legatarius uti non poteſt, quia legatum eſt unum: quod ipſum etiam de dote eſt, quæ licet ex pluribus rebus conſtet, tamen una ſemper dos eſt, *l.ſi proprietati*, *ff.de Jure dotium*, ubi ſi nudæ proprietati in dotem datæ uſusfructus acceſſerit, incrementum videtur dotis, non alia dos, tanquam ſi quid alluvione acceſſiſſet. Tandem ſi uxor agat reivindicatione contra creditores mariti rerum poſſeſſores, iſti Jure offerendi non gaudent, & omnino reſtituere coguntur: ſecus, ſi agat hypothecaria, nam poſterior creditor hypothecarius habet Jus ſolvendi priori creditori id, quod ei debetur retenta ſibi re, *l.potior*, *§.ſi paratus*, *ff.qui potiores in pignore.* Id vulgo Jus offerendi dicitur.

Huic

Digitized by Google

Huic tacitæ hypothecæ, quam uxor in bonis viri habet, adjecta cenſetur clauſula Conſtituti, ex qua uxor veram rerum hypothecatarum poſſeſſionem nanciſcitur, quarum cuſtos tantummodo maritus intelligitur ex *l.quod meo, ff.de acq.poſſ.* Præterea adjectum cenſetur Pactum executivum, ut liceat uxori propria auctoritate ingredi poſſeſſionem rerum ſibi obligatarum, *l.pignoris, C.de pigner.act.* Tamen ut civilius agat, receptum eſt, ut in eam rem Judicis auctoritatem interponat, *l.3. C.de pignoribus*, id eſt petat a Judice eas res ſibi attribui in ſatisfactionem dotium. Et hoc eſt Judicium, quod in Regno Aſſiſtentiæ dicitur. Ita Faber in *Cod. hoc tit. def.4.* Marin.2. *reſ.142.*

An & quando prælatio, quam mulier in hypotheca habet, ſit contra mariti creditores, expreſſam hypothecam habentes.

Quæstio I.

Olim mulier agens perſonali actione rei uxoriæ omnes fere alios creditores mariti agentes ex idiochiro, ſeu chirographo, antecedebat, quamvis tempore anteriores: at vero agens hypothecaria repellebatur a creditoribus, qui hypothecas anteriores habebant, *l.aſſiduis, §.nos itaque, C.qui potior.in pignor.* Ratio diſcriminis erat, quia inter creditores perſonales non intelligitur tempus, ſed cauſa, ut qui in potiorem cauſam dedit, licet poſterior, præferatur, *l.privilegia, ff.de privilegiis creditorum*: ſecus eſt inter hypothecarios, ubi non cauſa, ſed tempus attenditur, *l.creditor 12. §.ſi primo, ff.qui potiores in pignor. l.eos, C.cit.tit.* Hinc ergo factum eſt, ut olim mulier agens actione perſonali, quia cauſa dotis potiſſima eſt, præferretur quidem creditoribus aliis agentibus etiam ex perſonali, quamvis anterioribus tempore, at non item agentibus ex hypothecaria.

Diſplicuit Juſtiniano hæc in dote diſtinctio, & mulieri non ſolum tacitam hypothecam in bonis viri conceſſit, ſed etiam prælationem contra creditores alios hypothecarios, primum quidem in rebus dotalibus, *d.l. in rebus, §.1.* illis verbis: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere:* deinde vero poſt biennium augens privilegium iſtud, dedit prælationem in omnibus mariti bonis, *d.l.aſſiduis.*

Dubium tamen eſt, an eadem prælatio locum habeat contra creditores illos, qui ante matrimonium cum viro contraxerunt, & ſuper bonis ejus expreſſam hypothecam adepti ſunt. Et mulierem eo caſu non præferri, docet poſt Bulgarum Accurſ. in *d.l.aſſiduis*, quem Bartolus, Baldus, Jaſon, aliique ibidem ſequuntur, Coraſius in *l.qui liberos, a num.243. ff.*

de ritu nupt. Donellus *de pignoribus, tit. qui potiores.* Idque apud nos receptum eſt ex Gizarello *dec.* 1. Capicio Latro *dec.* 47.

Moventur I. quia hypotheca tacita, ut quæ a lege conceditur, recte poteſt ab eadem lege removeri; & eapropter licuit Juſtiniano mulierem habentem hypothecam tacitam præferre creditoribus tacitam quoque habentibus. At ſecus eſt in expreſſa, quæ ex noſtra proviſione, noſtroque facto nobis quæſita eſt; lex enim ſuum auxilium nobis denegare poteſt, at non noſtrum nobis, quod ſcilicet facto noſtro quæſivimus, Gloſ. in *l. ſive apud acta, C. de transactionibus.*

II. Quia fiſcus & dos invicem exæquantur, *l.* 2. *C. de priv. fiſci.* Sed fiſcus poſterior ex tacita hypotheca non præfertur creditori anteriori, qui expreſſam hypothecam anteriorem habet, *l. ſi pignus, ff. qui potior. in pignore.* Ergo neque dos.

III. Quia tacita hypotheca dotis oritur ex quo pecunia numerata eſt. Ergo prioribus expreſſas habentibus non fit præjudicium; nam ſi omnibus nullo diſcrimine præferretur, utique nihil fuiſſet opus de ejus ortu quærere.

Alii diſtinguunt inter pignus, & hypothecam, ut mulier in hypothecis præferatur, non ita in pignoribus creditori jam traditis; quippe magis adſtringit traditio, quam conventio. Unde ſi rem tuam, cum bona fide poſſiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam eſſe, deſino uſucapere: at ſi nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilominus uſucapiam, *l. non ſolum, §. ſi rem tuam, ff. de uſucapionibus.* Præterea mancipia illata in prædium urbanum, & proinde oppignerata pro penſione, recte manumittuntur: at non ea, quæ jam tradita creditori in pignus ſunt, *l. eſt differentia, ff. in quibus cauſis pignus.* Ita poſt Veteres nonnullos docent Angel. Socc. Junior hic, & in quibuſdam Tribunalibus obſervari refert Mynſigerus 4. *obſ.* 13.

Quidam vero ſententiam Martini amplexi ſunt, qui regulam ſtatuit ut mulier præferatur omnibus creditoribus etiam expreſſam hypothecam habentibus. Ita ex Græcis Harmenopulus 4. *Procbiri* 8. ex noſtris Vaconius 6. *declar.* 9. Cujacius in *d. l. aſſiduis*, qui in eo memoria labitur, quod credat, hanc controverſiam fuiſſe inter Joannem, & Martinum, cum pro Joanne, Bulgarum dicere oportuiſſet, Barb. hic in *l.* 1. *par.* 6. *a n.* 5. Fachin. 3. *contr.* 99. & 10. *contr.* 25. Merenda 3. *contr.* 9. Mynſing. *loc. cit.* qui ita in Cam. Imperiali obſervari tradit, & veram eſſe ſententiam docet Fab. 8. *conject.* 11. & 19. quamvis contendat, id factum malitia Theodoræ, quam Juſtinianus nimis uxorius ad Conſilia Reipublicæ advocare ſolitus erat, *§. hæc autem omnia, Auth. ut Judices ſine quoquo ſuffragio fiant.*

Id manifeſtum fit ex pluribus. Et primo ex verbis Juſtiniani in *d. l. aſſiduis*, ubi expreſſe habetur, uxorem præferri in hypotheca omnibus mariti creditoribus. Verba Juſtiniani ſunt: *Sancimus ex ſtipulata actionem, quam mulieribus jam pro dote inſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam* do-

donavimus ineſſe hypothecam,potiora Jura contra omnes habere mariti creditores,licet anterioris ſint temporis privilegio vallati. Ubi particula univerſalis,*Omnes*,nullum excludit,ut propterea mulier ex tacita hypotheca præferatur creditoribus anterioribus etiam habentibus expreſſam. Idipſum habetur ex *d.l.in rebus*, & in *auth.de priv.dotis hæreticis mulierib. non præſtando* indiſtincte dicitur, *Ut etiam prioribus creditoribus præponantur*. Notum autem eſt diſpoſitionem indiſtincte loquentem diſtingui non oportere,*l.non diſtinguemus,ff.de receptis arbitris*.Ita etiam in *§.fuerat, Inſtitution.de actionibus*.

Neque obſtat, quod regerit Acc. particulam, *Omnes*, capi oportere de iis omnibus creditoribus, qui tacitam hypothecam habent. Quam interpretationem colligit ipſe ex ſubſequentibus verbis,*licet anterioris ſint temporis privilegio vallati*; nam verbum illud *privilegio*, oſtendere videtur, ibi non haberi ſermonem de conventionalibus pignoribus, pro quibus nullum eſt privilegium, ſed de iis, quæ privilegium tacite a lege conceduntur, veluti pro legato, pro penſione fundi ruſtici, vel urbani, aliiſque ſimilibus, de quibus in *tit.ff.in quibus cauſis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur*. Non obſtat, inquam, quia ibi expreſſe Juſtinianus non loquitur de privilegio legis,quæ lex tacitam hypothecam inducit,ſed de *privilegio temporis*,quod commune eſt tam hypothecæ tacitæ, quam expreſſæ, ut patet. Propterea hinc potius roboratur noſtra concluſio, tantum abeſt, ut infirmetur. Hinc eſt, quod in *d.l.in rebus*, §.1. ſine ulla privilegii mentione, ſimpliciter dicitur: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere*. Sic quoque in *d. §.fuerat* ſimpliciter legitur: *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis*.

II. Ex mente Juſtiniani, qui in *d.l.aſſiduis*, conqueritur de antiquis legibus, quæ neque ad fragilitatem mulierum reſpicientes, neque quod mariti & corpore,& ſubſtantia,& omni vita uxorum utantur, prætulerint mulieres tantum credıtoribus perſonalem actionem habentibus,non etiam hypothecariis. Cui malo ita ſe *pleno Juris articulo* mederi profitetur, ut mulieres amplius dotes ſuas deperditas eſſe non lugeant, ſtatuens, ut creditoribus omnibus hypothecariis præferantur. Ex quibus ſtatim conſtat, mentem Juſtiniani fuiſſe, mulierem præferri creditoribus expreſſam etiam hypothecam habentibus; alioquin Imperator malo non occurriſſet *pleno Juris articulo*, & mulieres etiam hodie deperditas ſuas dotes lugerent, concurrentes cum creditoribus, qui expreſſam hypothecam habent, ut ſunt fere omnes;nam olim Juſtiniani tempore quæcunque inſtrumenta a prudentiſſimis viris conficiebantur, omnia expreſſam hypothecam adjectam habebant, *l.un.§.& ut plenius in fine, C.de rei uxor.act.* Et hodie de ſtylo Tabellionum in omnibus inſtrumentis experſſa hypotheca inſeritur.

III. Ex *§.quia vero, auth.de æqualitate dotis*, ubi Juſtinianus eandem cauſam prælationis tractans, ait, eum, qui pecuniam alteri credidit ad

emendam militiam, & inſtrumento expreſſe ſibi cavit in caſu militiæ debere omnibus præferri; eum, inquam, ſi concurrat cum muliere, præferri eidem, in ſolo tamen caſu militiæ. Quæ ut melius cognoſcantur, verba Juſtiniani apponam: *Ut caſu proveniente prior ſit ſolus, qui ad hoc* (id eſt ad emendam militiam) *credidit, & huic ſoli caſui cedere mulierem*. Quæ verba vulgo ita explicant, ut hoc ſolo caſu, ſive eventu, mulieri præferatur mutuator. Sed ſatis imperite; nam Juſtinianus non dicit, hoc ſolo caſu, ſed *huic ſoli caſui cedere mulierem*. Caſus itaque ſive caſus militiæ eſt pretium centum ſolidorum, quod mortuo milite (Palatino ſcilicet, non armato) ſolvendus eſt ab eo, qui ad eam militiam ſubingreditur, & ſolvendum eſt heredibus defuncti militis, Cujacius in *paratlitis ad Novell. de adjutoribus Quæſtoris*; & deceptus eſt Lælius Taurellus poſt *libros Emendat. Anton. Auguſtini*, ubi de *militiis ex caſu* quærit, quæ nullæ ſunt. Vide eundem Cujac. ad *l.ult. C.de collationibus*. Jam qui paciſcitur, ut præferatur in tali re, contrahit utique in ea re hypothecam expreſſam, Covarr. 1. *variarum 7. num.3.* Ergo ſi ſolus iſte creditor anterior expreſſam habens hypothecam præfertur mulieri in ſolo caſu militiæ; conſequens eſt, ut ceteri omnes creditores anteriores expreſſam hypothecam obtinentes eidem mulieri poſtponantur; quia exceptio firmat regulam in contrarium. Quod ipſum Juſtinianus ibidem concludit in hæc verba: *Aliis omnibus prævalere mulierem*.

IV. Ex *§.quæſitam eſt, eod.auth.* in quo mulier creditrix præponitur in navi, agro, domo, creditori poſteriori, cujus pecunia domus, ager, navis emta, aut reparata eſt. Ex quo textu argumentum ita deducitur. Qui pecuniam credidit pro emenda, vel reparanda re, licet poſterior, præfertur in eadem re creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus, *§.his conſequens, auth. cit.* Ergo multo magis iſtis iiſdem præfertur mulier; ſi enim vinco vincentem te, fortius vinco te, *l.Ariſto, ff.quæ res pignori, l.æquiſſimum, §.1. ff.ad Tertull. l.8. ff.de bonis damnatorum*.

Neque reſponſio Acc. quidquam nos moveat, dum ait, regulam eam locum habere, quando eadem viget ratio, ſecus, quando diverſa; quamvis enim id verum ſit, tamen hæc rationis diverſitas in ſpecie noſtra proferri non poteſt. Imo, ſi recte attendamus, deprehendemus potiorem eſſe prælationis rationem in uxore, quam in eo, qui ad rem emendam, vel reparandam nummos credidit; nam Reipublicæ intereſt, mulieribus dotes conſervari, *l.1. ff.eod.*

Supereſt, ut Adverſariorum argumentis faciamus ſatis. Et primo illis, quæ pro prima contraria opinione adducuntur.

Nam quod attinet ad primum, dicimus poſſe, & ſolere leges juſta cauſa, nobis noſtrum auxilium irritum reddere, & derogare etiam Juri quæſito, DD.in *l.ult. C.ſi contra Jus, vel utilitatem publicam.* Et patet ex ſupra allatis, cum creditor poſterior, qui mutuam pecuniam dedit ob

rem

rem comparandam, vel reficiendam, ex tacita hypotheca, quam habet ex *l.1. ff. in quibus cauſis pignus*, & ex *l.ſi ventri, ff.de priv.creditorum*, præfertur in eadem re creditori anteriori, etiam expreſſam hypothecam habenti; nempe quia ejus beneficio res extat. Quanto ergo juſtius ex publico bono præferretur mulier creditoribus omnibus, cum Reipublicæ expediat mulieres eſſe dotatas.

Ad ſecundum dicimus, in *d.l.2.C.de priv.fiſci* dotem æquiparari quidem fiſco in tacita hypotheca, itaut ratione paris privilegii regantur a Jure communi, & qui prior eſt tempore potior eſt in Jure. Non tamen inde ſequi eſſe comparatam in ceteris omnibus, ut idem Acc. *loc.cit.* monet; quare licet fiſcus ex tacita hypotheca, quam habet, non præferatur creditori anteriori habenti expreſſam, non propterea idipſum erit in dote. Imo Acc. ex *d.l.ſi pignus, ff.qui potiores in pignore*, docet, fiſcum ob tacitam hypothecam poſteriorem, non præferri creditori anteriori tacitam pariter habenti, quod ſecus eſt in dote, *d.l.aſſiduis*, ubi Cujac. Ex quibus patet, exæquationem inter dotem & fiſcum non eſſe in omnibus.

Ultimum argumentum pluribus modis reſolvi poteſt. Primo dicimus, quæſitum eſſe de ortu hypothecæ muliebris, quia non ſemper ipſa mulier, cui ſoli prælatio conceditur, dotem repetit, ſed ea viva, quandoque repetit ceſſionarius; ea mortua, repetunt heredes. His ergo caſibus, prælatione ceſſante, quæritur ex quo tempore dotis hypotheca cæpit. Secundo, quamvis Acc. in *d.l.aſſiduis, v.hypothecam*, credat, hypothecam dotis vim habere a die dotis datæ; alii vero a die matrimonii, ut poſt alios Neguſant. *de pignoribus, par.2. memb.4. n.80.* Sanfelicius *dec.9. & 129.* veriorem tamen ſententiam eſſe, ut hypotheca contrahatur a die dotis conſtitutæ; tum quia hypotheca dotis conſtituitur ſub conditione ſi matrimonium, & numeratio ſequuta ſit: at hypotheca ſub conditione contracta, cum demum conditio exiſtit, vim habet ex illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, *l.potior, §.1. qui potiores in pignore*: tum etiam, quia ex Juſtiniano hypotheca dotis ineſt ſtipulationi, eamque comitatur, *d.l.aſſiduis, d.l.un.§.& ut plenius, C.de rei uxor.act.* propterea ex quo tempore eſt ſtipulatio, ex eodem eſt hypotheca. Ita Jacobus de Arena, Cynus, & ex veteribus alii, quos ſequuntur Merenda *6. contr.35.* Marin. *2. reſolut.28.* Quod apud nos receptum eſt.

Faciemus ſecundo ſatis argumentis pro ſecunda opinione adductis; nam etſi multæ ſint inter traditionem, & conventionem differentiæ, tamen quod attinet ad prælationem ex hypotheca, nihil inter utrumque intereſt, ut ex toto corpore Juris patet.

Præterea Adverſarii abutuntur primo verbis Juliani in *d.l.non ſolum, §.ſi rem tuam, ff.de uſucapionib.* ubi diſtinguit Juriſconſultus inter pignus traditum, & nuda conventione contractum, inter dominum rei ignorantem, & bonæ fidei poſſeſſorem, atque in illo ceſſare uſucapionem, non etiam in iſto. Quæ nihil ad rem noſtram faciunt; quippe hæc diſpoſitio

ſpe-

Digitized by Google

ſpeciali ratione nititur,& in pignore tradito ipſi domino ideo ceſſat uſucapio, quia pignus non eſt; nemo enim ſuæ rei pignus contrahit, ut ibidem Julianus ait. Itaque eo caſu poſſeſſio tota eſt apud creditorem, id eſt apud dominum, qui eam rem poſſidet non Jure pignoris, ſed Jure dominii, quandoquidem in vero ſolum pignore debitor uſucapionem perficit: nam debitor inquantum ad perficiendam uſucapionem dicitur civilis pignoris poſſeſſor, *l.ſervi*, *ff. cit. tit.* Ideo vero uſucapio perficitur in pignore nuda conventione contracto, quia poſſeſſio tota eſt apud debitorem.

Abutuntur etiam *l.eſt differentia,ff.in quibus cauſis pignus,vel hypotheca*, ubi ſermo eſt de mancipiis inductis a conductore in prædium urbanum, & dicitur eo non obſtante ſervum poſſe manumitti. Cujus rei ratio dependet ex eo, quia Jus non ſcriptum, quod hujuſmodi tacitum pignus induxit, ſtricte fuit interpretatum, ut liberationi, & manumiſſioni non officiat, ut expreſſe habetur in *l.licet in prædiis,ff.cit.tit.* Aliud Juris eſt, cum pignus eſt manifeſtum, id eſt jam pro penſione creditori traditum; quia tunc pignus eſt expreſſum, & a Jure ſcripto dependet, quod pignus in fraudem creditoris alienari vetat, *l.2. C.de ſervo pignori dato, manumiſſo*. Ex quibus apparet, neque hæc ad rem noſtram facere.

Quibus caſibus mulier prælatione careat.

QUÆSTIO II.

MUlier agens actione dotis uxoriæ præcedit creditores chirographarios mariti, ſed non omnes: quod conſtat ex Juſtiniano in *l. aſſiduis, C.qui potiores in pignore*, ubi ait, mulierem contra omnes *pæne* perſonales actiones privilegium prælationis habere. Quærunt ergo Acc. & Cujac.ibidem,qui ſint creditores iſti chirographarii,quibus mulier non præfertur, & contra quos privilegia ceſſant. Et quatuor numero ſunt.

I. Reſpublica, quia reipublicæ creditum, cum eſt antiquius,præcedit dotem, ut a contrario ſenſu colligitur ex *l.9. C.de Jure dotium*, ubi dotis cauſa potior eſt, quam reipublicæ, ſi tempore prior ſit.

II. Eſt cauſa pecuniæ depoſitæ apud menſam ab eo, qui ſequitur fidem publicam, qualis eſt fides menſarii, ſive argentarii. Itaque ſi maritus argentarius fuit, & pecunia apud eum depoſita extat, ratio ejus, qui depoſuit primo loco habenda eſt, etiam ante privilegia, *l.ſi hominem*, *§.quoties, ff.depoſiti.*

III. Impenſa funeris, quæ corporis gratia fit, antequam ſepeliatur, quæ ex edicto Prætoris omne creditum ſolet præcedere,*l.impenſa funeris, ff.de religioſis.* Id Irnerius intelligit, ſi creditum ſit ſine pignore, Accurſ. etiam de eo,quod ſub pignore debetur. Recepta tamen opinio eſt, præferri om-

Digitized by Google

omnibus creditoribus, licet expreſſam hypothecam habentibus, etiam mulieri pro dote agenti, cum lex generatim *omne creditum* dicat, Merlinus 2. *de legitima, tit.1.quæſt.15.num.7.* Gizzius ad Capyc. Latro *dec.47. num.5. & ſ.q.* ubi ita deciſum refert. Ceterum ſi quid maritus pro funeranda uxore impendit, habet funerariam actionem contra eum, ad quem dotis nomine quid pervenit; impenſa enim funeris æs alienum dotis eſt. Vide in *l.in eum, cum ſeqq. ff.cit.tit.*

IV. Eſt impenſa facta inventarii conficiendi gratia, vel pro auctione bonorum defuncti, *l.quod privilegium in fine, ff.depoſiti, l.quantitas, ff.ad l.Falc. l.ult. §.in compenſatione, C.de Jure delib.*

Totidem numero ſunt creditores hypothecarii, quibus mulier agens pro dote non præfertur. Primo, ſi quis alteri pecuniam credidit ad emendam militiam; is enim tempore prior, ſi in inſtrumento ſpecialiter ſibi cavit, ut in caſu militiæ ceteris, qui deinceps contracturi ſunt, ſolus præferatur, utique excludet mulierem, quæ ex hypotheca poſteriori pro dote in eodem militiæ caſu aget, ut jam ſupra monuimus ex *§.quia vero, auth.de æqualitate dotis.* Militia hic non accipitur pro re militari, ſed pro quocunque munere Palatino, ex quo quis commodum, utilitatemque conſequi poſſit, ut militia ſilentiariorum, *l.omnino, §.ult.C. de inofficioſo teſtamento*: ſic militia memorialium aliæque, de quibus in *tit.C. de privilegiis eorum, qui in ſacro Palatio militant lib.11.* & denique omnes quaſcunque Procurationes Romani militias vocarunt, Zonaras in *Canone Apoſtolorum* 83.

Ex quo textu perperam DD. regulam generalem ſtatuunt, ut quicunque creditor ſpeciali pacto ſibi caverit, ut ceteris poſterioribus præferatur, excludat dotem. Quod manifeſte Juſtiniano repugnat, qui hoc in ſolo militiæ caſu admittit; præterquamquod hinc facile via aperiretur ad fraudandas ſuis dotibus mulieres, ut contra Cov. alioſque diſputat Merenda 6. *contr.34.*

Secundo, ſi ſuper bonis mariti vita functo concurrant filii ex primo matrimonio cum noverca, altera defuncti uxore; prius faciendum eſt ſatis filiis primi matrimonii pro dote matris reſtituenda agentibus: deinde, ex eo, quod ſupereſt, fit alteri uxori reſtitutio, *d.l.aſſiduis, §.ideo, auth.ut exactione inſtante dotis, in princ.*

Tertio, quamvis fiſcus poſterior tempore creditor non præferatur doti, nec dos fiſco, ut diximus ex *l.2.C.de privilegio fiſci;* ſi tamen fiſcus agat ex cauſa Primipili, indiſtincte præfertur mulieri agenti pro dote, quia utilitas publica præferenda eſt privatorum commodis, *l.utilitas, C.de primipilo, lib.12.*

Ceterum, qui fuerit Primipilus varie explicatur a Coraſio 5. *miſc.4.* Ant.Auguſt. *libro ſingulari ad Modeſtinum,* Alciato ad *rubricam C.de primipilo*, Aldo Manutio in *quæſtionibus per epiſtolas, quæſt. de primipilo*, Merenda 6. *contr.39.* aliiſque eruditis. Verius eſt, fuiſſe primum Centu-

tionem

Dubium tamen eſt, qua ratione uxor cum ſit rei dotalis domina; ejuſdem rei pignus poſſit habere; nam certiſſima Juris regula eſt, pignus rei ſuæ conſiſtere non poſſe, *l.neque pignus, ff.de reg.Juris*, *l.ſi rem alienam, ff.de pigner.act.* cum nemini res ſua poſſit eſſe obligata; quare Paulus reſpondit non poſſe pignus perſeverare, cum creditor ipſe rei dominus factus eſt, *Lex ſexta, ff.de except.rei judic.* Et ſi res aliena emta bona fide, mihi pignori data ſit, definit pignus eſſe, quando dominus me heredem inſtituit, *l.ſi rem alienam, ff.de pigner.act.* Vide Schifordegherum *lib.2. tract.22. q.2.*

Pro reſponſione, concedimus nemini rem ſuam pignori eſſe, at negamus, nemini in rem ſuam pigneratitiam competere; lex enim aliquando ex bono & æquo etiam ubi pignus non eſt, actionem pigneratitiam concedit, id eſt domino in rem ſuam. Plura hujus rei exempla habemus. Primum eſt in *l.debitor, ff.ad Trebell.* ubi creditor inſtitutus heres a debitore ſub pignore, & fideicommiſſo gravatus, ſi coactus Juſſu Prætoris adiit; & proinde dominus pignoris factus eſt; tamen reſtituto ſolido, habet actonem Servianam pro recuperanda re a fideicommiſſario. Ex quibus clare conſtat, dari heredi ex bono & æquo pigneratitiam, non exiſtente contractu pignoris, ut qui per aditionem reſolutus eſt; bonum autem & æquum in eo nititur, quia verum eſt, non eſſe creditori ſolutam pecuniam, ut textus ibidem ait. Secundum exemplum eſt in *l.pen. §.Latinus in fine, ff.de except.rei judicatæ*, ubi qui rei ſibi hypothecatæ nactus eſt dominum per traditionem ex cauſa tranſactionis, obtinet contra creditores ejuſdem rei actionem pigneratitiam, extincto licet pignore, ut clare ibi Paulus ait: *Neque enim poteſt pignus perſeverare domino conſtituto creditore: actio tamen pigneratitia competit.*

His ergo exemplis motus Juſtinianus, cum videret in dote æquum & bonum pleniſſime locum habere, *l.Jure ſuccurſum, §.fin. ff.de Jure dotium*; propterea ſtatuit, uxorem in rebus dotalibus, quamvis hæ in ejus dominio ſint, habere pigneratitiam, nullo licet pignore, neque nunc, neque olim exiſtente.

Ceterum his actionibus uxor ſimul uti non poteſt, ſed una electa altera tollitur, exemplo ejus, quod de legatario dicitur in *l. cum filius, §.variis, ff.de leg.2.* ubi ideo variis actionibus legatorum ſimul legatarius uti non poteſt, quia legatum eſt unum: quod ipſum etiam de dote eſt, quæ licet ex pluribus rebus conſtet, tamen una ſemper dos eſt, *l.ſi proprietati, ff.de Jure dotium*, ubi ſi nudæ proprietati in dotem datæ uſusfructus acceſſerit, incrementum videtur dotis, non alia dos, tanquam ſi quid alluvione acceſſiſſet. Tandem ſi uxor agat reivindicatione contra creditores mariti rerum poſſeſſores, iſti Jure offerendi non gaudent, & omnino reſtituere coguntur: ſecus, ſi agat hypothecaria, nam poſterior creditor hypothecarius habet Jus ſolvendi priori creditori id, quod ei debetur retenta ſibi re, *l.potior, §.ſi paratus, ff.qui potiores in pignore.* Id vulgo Jus offerendi dicitur. Huic

Huic tacitæ hypothecæ, quam uxor in bonis viri habet, adjecta cenſetur clauſula Conſtituti, ex qua uxor veram rerum hypothecatarum poſſeſſionem nanciſcitur, quarum cuſtos tantummodo maritus intelligitur ex *l. quod meo, ff. de acq. poſſ.* Præterea adjectum cenſetur Pactum executivum, ut liceat uxori propria auctoritate ingredi poſſeſſionem rerum ſibi obligatarum, *l. pignoris, C. de pignor. act.* Tamen ut civilius agat, receptum eſt, ut in eam rem Judicis auctoritatem interponat, *l. 3. C. de pignoribus*, id eſt petat a Judice eas res ſibi attribui in ſatisfactionem dotium. Et hoc eſt Judicium, quod in Regno Aſſiſtentiæ dicitur. Ita Faber in *Cod. hoc tit. def.* 4. Marin. 2. *reſ.* 142.

An & quando prælatio, quam mulier in hypotheca habet, ſit contra mariti creditores, expreſſam hypothecam habentes.

Quæstio I.

Olim mulier agens perſonali actione rei uxoriæ omnes fere alios creditores mariti agentes ex idiochiro, ſeu chirographo, antecedebat, quamvis tempore anteriores: at vero agens hypothecaria repellebatur a creditoribus, qui hypothecas anteriores habebant, *l. aſſiduis, §. nos itaque, C. qui potior. in pignor.* Ratio diſcriminis erat, quia inter creditores perſonales non intelligitur tempus, ſed cauſa, ut qui in potiorem cauſam dedit, licet poſterior, præferatur, *l. privilegia, ff. de privilegiis creditorum*: ſecus eſt inter hypothecarios, ubi non cauſa, ſed tempus attenditur, *l. creditor* 12. *§. ſi primo, ff. qui potiores in pignor. l. eos, C. cit. tit.* Hinc ergo factum eſt, ut olim mulier agens actione perſonali, quia cauſa dotis potiſſima eſt, præferretur quidem creditoribus aliis agentibus etiam ex perſonali, quamvis anterioribus tempore, at non item agentibus ex hypothecaria.

Diſplicuit Juſtiniano hæc in dote diſtinctio, & mulieri non ſolum tacitam hypothecam in bonis viri conceſſit, ſed etiam prælationem contra creditores alios hypothecarios, primum quidem in rebus dotalibus, *d. l. in rebus*, §. 1. illis verbis: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere*: deinde vero poſt biennium augens privilegium iſtud, dedit prælationem in omnibus mariti bonis, *d. l. aſſiduis.*

Dubium tamen eſt, an eadem prælatio locum habeat contra creditores illos, qui ante matrimonium cum viro contraxerunt, & ſuper bonis ejus expreſſam hypothecam adepti ſunt. Et mulierem eo caſu non præferri, docet poſt Bulgarum Accurſ. in *d. l. aſſiduis*, quem Bartolus, Baldus, Jaſon, aliique ibidem ſequuntur, Coraſius in *l. qui liberos*, *a num.* 243. *ff.*

de ritu nupt. Donellus *de pignoribus, tit.qui potiores.* Idque apud nos receptum eſt ex Gizarello *dec.1.* Capicio Latro *dec.47.*

Moventur I. quia hypotheca tacita, ut quæ a lege conceditur, recte poteſt ab eadem lege removeri; & eapropter licuit Juſtiniano mulierem habentem hypothecam tacitam præferre creditoribus tacitam quoque habentibus. At ſecus eſt in expreſſa, quæ ex noſtra proviſione, noſtroque facto nobis quæſita eſt; lex enim ſuum auxilium nobis denegare poteſt, at non noſtrum nobis, quod ſcilicet facto noſtro quæſivimus, Gloſ.in *l.ſive apud acta, C.de tranſactionibus.*

II. Quia fiſcus & dos invicem exæquantur, *l.2. C. de priv.fiſci.* Sed fiſcus poſterior ex tacita hypotheca non præfertur creditori anteriori, qui expreſſam hypothecam anteriorem habet, *l.ſi pignus, ff.qui potior. in pignore.* Ergo neque dos.

III. Quia tacita hypotheca dotis oritur ex quo pecunia numerata eſt. Ergo prioribus expreſſas habentibus non fit præjudicium; nam ſi omnibus nullo diſcrimine præferretur, utique nihil fuiſſet opus de ejus ortu quærere.

Alii diſtinguunt inter pignus, & hypothecam, ut mulier in hypothecis præferatur, non ita in pignoribus creditori jam traditis; quippe magis adſtringit traditio, quam conventio. Unde ſi rem tuam, cum bona fide poſſiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam eſſe, deſino uſucapere: at ſi nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilominus uſucapiam, *l.non ſolum, §.ſi rem tuam, ff.de uſucapionibus.* Præterea mancipia illata in prædium urbanum, & proinde oppignerata pro penſione, recte manumittuntur: at non ea, quæ jam tradita creditori in pignus ſunt, *l.eſt differentia, ff.in quibus cauſis pignus.* Ita poſt Veteres nonnullos docent Angel.Socc.Junior hic, & in quibuſdam Tribunalibus obſervari refert Mynſigerus 4. *obſ.13.*

Quidam vero ſententiam Martini amplexi ſunt, qui regulam ſtatuit ut mulier præferatur omnibus creditoribus etiam expreſſam hypothecam habentibus. Ita ex Græcis Harmenopulus 4. *Procbiri* 8. ex noſtris Vaconius 6. *declar.9.* Cujacius in *d.l.aſſiduis*, qui in eo memoria labitur, quod credat, hanc controverſiam fuiſſe inter Joannem, & Martinum, cum pro Joanne, Bulgarum dicere oportuiſſet, Barb.hic in *l.1.par.6. a n.5.* Fachin.3. *contr.99. &* 10. *contr.25.* Merenda 3, *contr.9.* Mynſing. *loc.cit.* qui ita in Cam.Imperiali obſervari tradit, & veram eſſe ſententiam docet Fab.8. *conject.11. &* 19. quamvis contendat, id factum malitia Theodoræ, quam Juſtinianus nimis uxorius ad Conſilia Reipublicæ advocare ſolitus erat, *§.hæc autem omnia, Auth.ut Judices ſine quoquo ſuffragio fiant.*

Id manifeſtum fit ex pluribus. Et primo ex verbis Juſtiniani in *d.l.aſſiduis*, ubi expreſſe habetur, uxorem præferri in hypotheca omnibus mariti creditoribus. Verba Juſtiniani ſunt: *Sancimus ex ſtipulatu actionem, quam mulieribus jam pro dote inſtituenda dedimus, cuique etiam tacitam do-*

Digitized by Google

donavimus ineſſe hypothecam, potiora Jura contra omnes habere mariti creditores, licet anterioris ſint temporis privilegio vallati. Ubi particula univerſalis, *Omnes*, nullum excludit, ut propterea mulier ex tacita hypotheca præferatur creditoribus anterioribus etiam habentibus expreſſam. Idipſum habetur ex *d. l. in rebus*, & in *auth. de priv. dotis hæreticis mulierib. non præſtando* indiſtincte dicitur, *Ut etiam prioribus creditoribus præponantur*. Notum autem eſt diſpoſitionem indiſtincte loquentem diſtingui non oportere, *l. non diſtinguemus, ff. de receptis arbitris*. Ita etiam in *§. fuerat, Inſtitution. de actionibus*.

Neque obſtat, quod regerit Acc. particulam, *Omnes*, capi oportere de iis omnibus creditoribus, qui tacitam hypothecam habent. Quam interpretationem colligit ipſe ex ſubſequentibus verbis, *licet anterioris ſint temporis privilegio vallati*; nam verbum illud *privilegio*, oſtendere videtur, ibi non haberi ſermonem de conventionalibus pignoribus, pro quibus nullum eſt privilegium, ſed de iis, quæ privilegium tacite a lege conceduntur, veluti pro legato, pro penſione fundi ruſtici, vel urbani, aliiſque ſimilibus, de quibus in *tit. ff. in quibus cauſis pignus, vel hypotheca tacite contrahatur*. Non obſtat, inquam, quia ibi expreſſe Juſtinianus non loquitur de privilegio legis, quæ lex tacitam hypothecam inducit, ſed de *privilegio temporis*, quod commune eſt tam hypothecæ tacitæ, quam expreſſæ, ut patet. Propterea hinc potius roboratur noſtra concluſio, tantum abeſt, ut infirmetur. Hinc eſt, quod in *d. l. in rebus*, §. 1. ſine ulla privilegii mentione, ſimpliciter dicitur: *Et hypothecariam omnibus anteriorem poſſidere*. Sic quoque in *d. §. fuerat* ſimpliciter legitur: *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis*.

II. Ex mente Juſtiniani, qui in *d. l. aſſiduis*, conqueritur de antiquis legibus, quæ neque ad fragilitatem mulierum reſpicientes, neque quod mariti & corpore, & ſubſtantia, & omni vita uxorum utantur, prætulerint mulieres tantum creditoribus perſonalem actionem habentibus, non etiam hypothecariis. Cui malo ita ſe *pleno Juris articulo* mederi profitetur, ut mulieres amplius dotes ſuas deperditas eſſe non lugeant, ſtatuens, ut creditoribus omnibus hypothecariis præferantur. Ex quibus ſtatim conſtat, mentem Juſtiniani fuiſſe, mulierem præferri creditoribus expreſſam etiam hypothecam habentibus; alioquin Imperator malo non occurriſſet *pleno Juris articulo*, & mulieres etiam hodie deperditas ſuas dotes lugerent, concurrentes cum creditoribus, qui expreſſam hypothecam habent, ut ſunt fere omnes; nam olim Juſtiniani tempore quæcunque inſtrumenta a prudentiſſimis viris conficiebantur, omnia expreſſam hypothecam adjectam habebant, *l. un. §. & ut plenius in fine, C. de rei uxor. act.* Et hodie de ſtylo Tabellionum in omnibus inſtrumentis experſſa hypotheca inſeritur.

III. Ex *§. quia vero, auth. de æqualitate dotis*, ubi Juſtinianus eandem cauſam prælationis tractans, ait, eum, qui pecuniam alteri credidit ad

emendam militiam, & inſtrumento expreſſe ſibi cavit in caſu militiæ debere omnibus præferri; eum, inquam, ſi concurrat cum muliere, præferri eidem, in ſolo tamen caſu militiæ. Quæ ut melius cognoſcantur, verba Juſtiniani apponam: *Ut caſu proveniente prior ſit ſolus, qui ad hoc* (id eſt ad emendam militiam) *credidit, & huic ſoli caſui cedere mulierem*. Quæ verba vulgo ita explicant, ut hoc ſolo caſu, ſive eventu, mulieri præferatur mutuator. Sed ſatis imperite; nam Juſtinianus non dicit, hoc ſolo caſu, ſed *huic ſoli caſui cedere mulierem*. Caſus itaque ſive caſus militiæ eſt pretium centum ſolidorum, quod mortuo milite (Palatino ſcilicet, non armato) ſolvendus eſt ab eo, qui ad eam militiam ſubingreditur, & ſolvendum eſt heredibus defuncti militis, Cujacius in *paratlitis ad Novell. de adjutoribus Quæſtoris*; & deceptus eſt Lælius Taurellus poſt *libros Emendat. Anton. Auguſtini*, ubi de *militiis ex caſu* quærit, quæ nullæ ſunt. Vide eundem Cujac. ad *l.ult. C.de collationibus.* Jam qui paciſcitur, ut præferatur in tali re, contrahit utique in ea re hypothecam expreſſam, Covarr. 1. *variarum 7. num.*3. Ergo ſi ſolus iſte creditor anterior expreſſam habens hypothecam præfertur mulieri in ſolo caſu militiæ; conſequens eſt, ut ceteri omnes creditores anteriores expreſſam hypothecam obtinentes eidem mulieri poſtponantur; quia exceptio firmat regulam in contrarium. Quod ipſum Juſtinianus ibidem concludit in hæc verba: *Aliis omnibus prævalere mulierem.*

IV. Ex *§.quæſitum eſt, eod.auth.* in quo mulier creditrix præponitur in navi, agro, domo, creditori poſteriori, cujus pecunia domus, ager, navis emta, aut reparata eſt. Ex quo textu argumentum ita deducitur. Qui pecuniam credidit pro emenda, vel reparanda re, licet poſterior, præfertur in eadem re creditoribus anterioribus etiam expreſſam hypothecam habentibus, *§.his conſequens, auth. cit.* Ergo multo magis iſtis iiſdem præfertur mulier; ſi enim vinco vincentem te, fortius vinco te, *l.Ariſto, ff.quæ res pignori, l.æquiſſimum, §.1. ff.ad Tertull. l.8. ff.de bonis damnatorum.*

Neque reſponſio Acc. quidquam nos moveat, dum ait, regulam eam locum habere, quando eadem viget ratio, ſecus, quando diverſa; quamvis enim id verum ſit, tamen hæc rationis diverſitas in ſpecie noſtra proferri non poteſt. Imo, ſi recte attendamus, depræhendemus potiorem eſſe prælationis rationem in uxore, quam in eo, qui ad rem emendam, vel reparandam nummos credidit; nam Reipublicæ intereſt, mulieribus dotes conſervari, *l.1. ff.eod.*

Supereſt, ut Adverſariorum argumentis faciamus ſatis. Et primo illis, quæ pro prima contraria opinione adducuntur.

Nam quod attinet ad primum, dicimus poſſe, & ſolere leges juſta cauſa, nobis noſtrum auxilium irritum reddere, & derogare etiam Juri quæſito, DD.in *l.ult. C.ſi contra Jus, vel utilitatem publicam.* Et patet ex ſupra allatis, cum creditor poſterior, qui mutuam pecuniam dedit ob

rem

rem comparandam, vel reficiendam, ex tacita hypotheca, quam habet ex *l. 1. ff. in quibus cauſis pignus*, & ex *l. ſi ventri, ff. de priv. creditorum*, præfertur in eadem re creditori anteriori, etiam expreſſam hypothecam habenti; nempe quia ejus beneficio res extat. Quanto ergo juſtius ex publico bono præferretur mulier creditoribus omnibus, cum Reipublicæ expediat mulieres eſſe dotatas.

Ad ſecundum dicimus, in *d. l. 2. C. de priv. fiſci* dotem æquiparari quidem fiſco in tacita hypotheca, itaut ratione paris privilegii regantur a Jure communi, & qui prior eſt tempore potior eſt in Jure. Non tamen inde ſequi eſſe comparatam in ceteris omnibus, ut idem Acc. *loc. cit.* monet; quare licet fiſcus ex tacita hypotheca, quam habet, non præferatur creditori anteriori habenti expreſſam, non propterea idipſum erit in dote. Imo Acc. ex *d. l. ſi pignus, ff. qui potiores in pignore*, docet, fiſcum ob tacitam hypothecam poſteriorem, non præferri creditori anteriori tacitam pariter habenti, quod ſecus eſt in dote, *d. l. aſſiduis*, ubi Cujac. Ex quibus patet, exæquationem inter dotem & fiſcum non eſſe in omnibus.

Ultimum argumentum pluribus modis reſolvi poteſt. Primo dicimus, quæſitum eſſe de ortu hypothecæ muliebris, quia non ſemper ipſa mulier, cui ſoli prælatio conceditur, dotem repetit, ſed ea viva, quandoque repetit ceſſionarius; ea mortua, repetunt heredes. His ergo caſibus, prælatione ceſſante, quæritur ex quo tempore dotis hypotheca cæpit. Secundo, quamvis Acc. in *d. l. aſſiduis, v. hypothecam*, credat, hypothecam dotis vim habere a die dotis datæ; alii vero a die matrimonii, ut poſt alios Neguſant. *de pignoribus, par. 2. memb. 4. n. 80.* Sanfelicius *dec. 9. & 129.* veriorem tamen ſententiam eſſe, ut hypotheca contrahatur a die dotis conſtitutæ; tum quia hypotheca dotis conſtituitur ſub conditione ſi matrimonium, & numeratio ſequuta ſit: at hypotheca ſub conditione contracta, cum demum conditio exiſtit, vim habet ex illo tempore, quo ſtipulatio interpoſita eſt, *l. potior, §. 1. qui potiores in pignore*: tum etiam, quia ex Juſtiniano hypotheca dotis ineſt ſtipulationi, eamque comitatur, *d. l. aſſiduis, d. l. un. §. & ut plenius, C. de rei uxor. act.* propterea ex quo tempore eſt ſtipulatio, ex eodem eſt hypotheca. Ita Jacobus de Arena, Cynus, & ex veteribus alii, quos ſequuntur Merenda *6. contr. 35.* Marin. *2. reſolut. 28.* Quod apud nos receptum eſt.

Faciemus ſecundo ſatis argumentis pro ſecunda opinione adductis; nam etſi multæ ſint inter traditionem, & conventionem differentiæ, tamen quod attinet ad prælationem ex hypotheca, nihil inter utrumque intereſt, ut ex toto corpore Juris patet.

Præterea Adverſarii abutuntur primo verbis Juliani in *d. l. non ſolum, §. ſi rem tuam, ff. de uſucapionib.* ubi diſtinguit Juriſconſultus inter pignus traditum, & nuda conventione contractum, inter dominum rei ignorantem, & bonæ fidei poſſeſſorem, atque in illo ceſſare uſucapionem, non etiam in iſto. Quæ nihil ad rem noſtram faciunt; quippe hæc diſpoſitio ſpe-

omnibus creditoribus, licet expreſſam hypothecam habentibus, etiam mulieri pro dote agenti, cum lex generatim *omne creditum* dicat, Merlinus 2. *de legitima, tit.* 1. *quæſt.* 15. *num.* 7. Gizzius ad Capyc. Latro *dec.* 47. *num.* 5. *& ſeq.* ubi ita deciſum refert. Ceterum ſi quid maritus pro funeranda uxore impendit, habet funerariam actionem contra eum, ad quem dotis nomine quid pervenit; impenſa enim funeris æs alienum dotis eſt. Vide in *l.in eum, cum ſeqq. ff. cit. tit.*

IV. Eſt impenſa facta inventarii conficiendi gratia, vel pro auctione bonorum defuncti, *l.quod privilegium in fine, ff. depoſiti, l.quantitas, ff. ad l.Falc. l.ult. §. in compenſatione, C. de Jure delib.*

Totidem numero ſunt creditores hypothecarii, quibus mulier agens pro dote non præfertur. Primo, ſi quis alteri pecuniam credidit ad emendam militiam; is enim tempore prior, ſi in inſtrumento ſpecialiter ſibi cavit, ut in caſu militiæ ceteris, qui deinceps contracturi ſunt, ſolus præferatur, utique excludet mulierem, quæ ex hypotheca poſteriori pro dote in eodem militiæ caſu aget, ut jam ſupra monuimus ex *§. quia vero, auth. de æqualitate dotis.* Militia hic non accipitur pro re militari, ſed pro quocunque munere Palatino, ex quo quis commodum, utilitatemque conſequi poſſit, ut militia ſilentiariorum, *l. omnino, §. ult. C. de inofficioſo teſtamento*: ſic militia memorialium aliæque, de quibus in *tit. C. de privilegiis eorum, qui in ſacro Palatio militant lib.* 11. & denique omnes quaſcunque Procurationes Romani militias vocarunt, Zonaras in *Canone Apoſtolorum* 83.

Ex quo textu perperam DD. regulam generalem ſtatuunt, ut quicunque creditor ſpeciali pacto ſibi caverit, ut ceteris poſterioribus præferatur, excludat dotem. Quod manifeſte Juſtiniano repugnat, qui hoc in ſolo militiæ caſu admittit; præterquamquod hinc facile via aperiretur ad fraudandas ſuis dotibus mulieres, ut contra Cov. alioſque diſputat Merenda 6. *contr.* 34.

Secundo, ſi ſuper bonis mariti vita functo concurrant filii ex primo matrimonio cum noverca, altera defuncti uxore; prius faciendum eſt ſatis filiis primi matrimonii pro dote matris reſtituenda agentibus: deinde, ex eo, quod ſupereſt, fit alteri uxori reſtitutio, *d.l. aſſiduis, §. ideo, auth. ut exactione inſtante dotis, in princ.*

Tertio, quamvis fiſcus poſterior tempore creditor non præferatur doti, nec dos fiſco, ut diximus ex *l.2. C. de privilegio fiſci*; ſi tamen fiſcus agat ex cauſa Primipili, indiſtincte præfertur mulieri agenti pro dote, quia utilitas publica præferenda eſt privatorum commodis, *l. utilitas, C. de primipilo, lib.* 12.

Ceterum, qui fuerit Primipilus varie explicatur a Coraſio 5. *miſc.* 4. Ant. Auguſt. *libro ſingulari ad Modeſtinum*, Alciato ad *rubricam C. de primipilo*, Aldo Manutio in *quæſtionibus per epiſtolas, quæſt. de primipilo*, Merenda 6. *contr.* 39. aliiſque eruditis. Verius eſt, fuiſſe primum Centurionem

Digitized by Google

rionem legionis Romanæ.Legio in decem cohortes,quaſi ramos ſpargitur: cohors vero in centurias . Prima cohors, quæ & miliaria, in decem : reliquæ ſingulæ in quinque, ut in tota legione fuerint Centuriones 55. Itaque ut primus Cohortis Centurio dicitur *Princeps* , ita primus Cohortis miliariæ Centurio, vocatur *Princeps*,& *Primipilus* , ut in Inſcriptione apud Gruterum *Principi* , & *Primipilo Leg.VII. Gem.Piæ* . Interdum ſimpliciter Primipilus. Huic ergo annona militaris (quæ etiam primipilus dicebatur) tradi conſueverat , ut eam militibus diſtribueret . Ita Theodorus Hermopolites *lib.9. tit.9.* ad explicationem *l.1. C. de privilegio fiſci* , primipilum definit eſſe *annonas, quæ dantur Centurionibus primipili, diſtribuendas militibus.* Vide Cujac.ad *tit.C.de condictione ex lege*,& ad *tit. de privileg fiſci*, Jacob.Gothofr. ad *tit.C.Theod.de cohortibus l.6.&* 17.

Si ergo primipilus reliquaverit , id eſt pro annona militari interverſa, vel non adhuc diſtributa Centurionibus, debitor fiſci ſit; fiſcus ratione publicæ cauſæ multis fruitur privilegiis , ut ei ex conſtitutione D.Adriani teneantur liberi primipili , etſi patris heredes non ſint, *l.ult. C.cit. tit. de primipilo* , *l.ſi tutores, C.de compenſationibus*: præterea ut fiſcus præferatur doti etiam antiquæ, *d.l.ult.*

Unde conſtat , non ſatis tutam eſſe opinionem eorum , qui docent privilegia fiſci contra primipilum , poſſe hodie accommodari ei, qui Theſaurarius generalis Principis eſt . Tutius videtur , ut accommodentur ei, qui Proviſor exercitus dicitur , Angelus in *l.1. C.de privileg.fiſci* , Peregrin.6. *de Jure fiſci,tit.5.num.*43. Capyc.Latro *dec.129.num.*12. De Ponte 5. *de poteſtate Proregis* 9. *num.*91.

Quarto, ei qui pecuniam credidit ad rem emendam, vel reparandam, non præfertur in eadem re mulier creditrix poſterior pro dote agens , ut colligitur ex *§.quæſitum,auth.de æqualitate dotis*, ubi habetur, mulierem ei præferri *in antiqua dote* ; quocirca ſi dos antiqua non eſt , id eſt , non eſt tempore anterior,non præfertur; quamvis repugnet Ant.Faber 8.*conject.*12.*& ſeq.* qui præterea docet,mulierem ſemper eſſe præferendam creditoribus anterioribus in quibuſcunque caſibus,modo excipias illos duos, quos in præſenti quæſtione primo loco inter creditores hypothecarios retulimus: nititur in eo,quod Juſtinianus in *d.auth.de æqualitate dotis*,& in *auth. ut exactione inſtante dotis* , reſtringens dotale prælationis privilegium , illos tantum duos caſus excipit . Quapropter reliquæ leges , in quibus mulier non præfertur, videntur a Juſtiniano correctæ,ut latius ipſe Faber diſcurrit .

Illud adnotari meretur , multum intereſſe , utrum res comparata ſit pecunia creditoris , an vero refecta ſit res , & reſtituta ; nam in eo , cujus pecunia res parata , ſive emta eſt , exigitur ut ſibi caveat expreſſa hypotheca, ſive ſpeciali, ſive generali, *l.quamvis ea 17. C.de pignor. l.procuratoris, §.plane , ff.de trib.act.* quia tacitam in ea re hypothecam non habet, niſi ſit pupillus,cujus pecunia res emta ſit; ei enim id privilegium conceſ-

ſit

Digitized by Google

ſit conſtitutio Severi, & Antonini, *l.pen. C.de ſervo pignori dato, l.3. in princ. ff.de rebus eorum, l.idemque, in princ. ff.qui potiores in pign.* Si verores refecta ſit, & reſtituta pecunia creditoris, ei tacita hypotheca impertitur ex Senatuſconſulto,ſive Oratione D.Marci, *l.1.ff.in quibus cauſis pignus tacite contrah.* quæ etiam tacita hypotheca potior eſt alterius expreſſa, & antiquiore, in ea ſcilicet re, quæ refecta eſt, *l.interdum, cum ſeq.ff.qui potiores in pignore*, quia ejus pecunia ſalvam fecit totius pignoris cauſam: periiſſet enim pignus etiam priori creditori, niſi ipſe eam rem refeciſſet, & reſtituiſſet. Ita diſtinguit Cujacius in *d.l.licet, C.qui potiores in pignore*, vide Acc. in *§.his conſequens, auth. de æqualitate dotis, v.agrum*.

Utrum prælatio aliis a muliere competat.

Quæstio III.

PRivilegium prælationis non tranſmitti ad heredes mulieris, habetur in *l.un. C.de priv.dotis*. Quæ verba omnes Interpretes uno conſenſu tam Græci, quam Latini, accipiunt de herede extraneo; nam ad filium heredem mulieris tranſmitti docent. Ita ibidem ex Græcis Theodorus, ex Latinis Cujacius,Gothofredus, ceterique poſt Acc.& Bartolum. Imo non ad unos modo filios, ſed ad quoſcunque deſcendentes ab inteſtato ipſius mulieris tranſire,opinantur Alex.& Jaſon apud Barb.hic in *l.1.par.6.n.15*.

Ex omnibus unus renititur Anton. Faber 8. *conject.13.* qui ſolam mulierem præferri, Juſque iſtud ad filios non pertinere affirmat: primo ex Juſtiniano in *§.fuerat, Inſtitutionib. de actionibus*, ubi hæc verba habentur: *Præferri autem aliis creditoribus in hypothecis tunc cenſuimus, cum ipſa mulier de dote ſua experiatur, cujus ſolius providentia hoc induximus*. Quæ verba facile oſtendunt, hoc privilegium ita conceſſum eſſe mulieri, ut omnibus aliis denegetur, ſive filiis, ſive heredibus; adverbium enim illud temporis, *Tunc*, & oſtenſio,*Ipſa*, & tandem taxatio, *Solius*, reſtringunt privilegium ad ipſam ſolam mulierem, quæ ſecundum veritatem perſonæ agat; ſi enim conveniret etiam filiis, ut repræſentantibus mulierem, ficte illis conveniret ex perſona ficta, non ſecundum veritatem.

Et quamvis Bart. hic *num.*8. & Cujac.in *d.§.fuerat*, taxationem *Solius*, ad dotem, non ad mulierem referant; tamen id facillime rejicitur; tum quia eo conceſſo,adhuc verum eſt, prælationem locum habere tunc, cum ipſa mulier agit, ſcilicet ex vi adverbii, *Tunc*, & taxationis *Ipſa* Tum quia etiam quod ipſi præſumunt, falſum eſt; nam ſi taxatio *Solius* referretur ad dotem, non ad mulierem, utique prælationis privilegium non eſſet ratione perſonæ, ſed ratione cauſæ; & propterea ad ex-

traneos etiam tranſiret: quod nec Adverſarii admittunt. Nam privilegiorum quædam cauſæ ſunt, quædam perſonæ; & conſtat ea, quæ perſonæ ſunt, ad heredes non transmitti: licet aliud ſit de iis, quæ cauſæ ſunt, quibus heredes etiam extranei gaudent, *l.privilegia, ff.de reg.Juris*. Exempli gratia, privilegium reſtitutionis in integrum, quod minoribus indulgetur, perſonæ eſt: at illud quod majoribus, vel minoribus conceditur ex illo edicti capite, *Ex quibus cauſis majores*, cauſæ eſt non perſonæ, ideoque ad ſucceſſores tranſmittitur, *l.non ſolum, ff.de reſtit.in integr. l.minor 19. in fin.cum ſeqq. ff.de minorib.* quæ loquuntur de ea reſtitutione, quæ a Prætore conceſſa eſt tam majoribus, quam minoribus, veluti, ſi quis condemnatus a Judice ſit, quod in Jus vocatus non reſponderit, quia in vinculis erat. Et patet ex eo, quod in prædictis legibus mentio ſit de tempore, ſive de anno utili, intra quem reſtitutio peti debet, qui annus a Prætore conceſſus eſt. Præterea quia non de ſolo minore mentio ſit, ſed de aliis omnibus, quibus reſtitutio competit. Sed privilegium prælationis conceſſum non eſt cauſæ, ſed perſonæ, *d.§.fuerat*, & *§.ſed neque ipſos*. Ergo non tranſmittitur.

Secundo, ex eodem Juſtiniano in *§.ſed neque ipſos, auth. ut immobilia antenuptialis donationis*, ubi hæc habet: *Omnibus privilegiis jam doti datis a nobis, in ſua firmitate manentibus, quando mulier moverit, aliis enim omnibus, præter mulierem, hujuſmodi privilegia nec ex antiquo dedimus, neque nunc damus*. Omnibus ergo prælatio denegatur, uni conceditur mulieri; quare falſum eſt, filiis etiam competere.

Supereſt, ut contrariæ opinionis argumenta infirmemus. Proferunt textum in *d.l.aſſiduis, §.exceptis*, ubi haberi putant, prælationis privilegium neminem conſequi, exceptis filiis, ut etiam conſtitutum eſt in *auth.ut exactione inſtante, in fine*.

Verum Juſtinianus in recitatis Juribus non conſtituit, niſi ut dos antiquior præferatur novæ, cum quæſtio eſt inter dotem & dotem. Exempli gratia, ſi quis mortua uxore, filiis primi matrimonii ſuperinduxit novercam: eo demum mortuo, prius redditur dos filiis, quam novercæ; nam dos adverſus dotem non habet, niſi privilegium temporis. Quod palam facit Juſtinianus, dum concludit: *Nam ex duabus dotibus ab eadem ſubſtantia debitis, temporis prærogativam manere volumus*. Idemque eſt, ſi Jure hereditario aliquis exterus dotem primæ uxoris repetat, Cujac. in *d.l.aſſiduis*.

Inſtant, tales filii excludunt novercam; ſed noverca excludit ceteros creditores anteriores; quare etiam filii anteriores excludent.

Ceterum jam ſupra cum Accurſio notavimus, eam regulam ſi vinco vincentem te, tunc ſolum locum habere, cum eadem viget ratio, ſecus ſi diverſa, ut eſt in ſpecie noſtra; nam alia eſt quæſtio inter privignum & novercam, cui privignus præfertur ratione temporis juxta regulas Juris, nimirum quia prior tempore eſt; alia vero eſt inter eundem privignum, & anteriorem creditorem, cui peteret privignus præferri ob

pri-

privilegium, contra regulas Juris. Itaque non utrobique eadem ratio eſt, ſed diverſa, imo contraria; nam contraria ſunt regulæ, & privilegia.

Inſtant etiam ex circulo, qui facile conſequi poſſet, concurrente creditore anteriore, privigno, & noverca; quandoquidem invicem ſe perpetuo excluderent; nam privignus excluderet novercam, noverca creditorem anteriorem, creditor privignum, & ita porro in orbem.

Hæc difficultas adeo inexplicabilis viſa eſt Juriſconſultis, qui noſtram ſententiam docuerunt, ut de ea Principem conſulendum eſſe reſponderint. Dicimus tamen, in ſpecie propoſita mulierem præferri, quia creditor anterior ex Jure communi excludit privignum, & mulier de Jure ſingulari excludit creditorem anteriorem; & ita verum eſt, quod dicitur in *l. Ariſto*, *ff. quæ res pignori obligari non poſſunt*, ut ſæpe quod quis ex ſua perſona non habet, hoc per extraneum habere poſſit: quod evenit etiam in ſpecie textus in *l. æquiſſimum*, *§. 1. ff. ad Tertull.* & in *l. 9. ff. de aſſignandis libertis*. Mortuo nepote emancipato ab avo, ſuperſtite matre, & avo, mater ſuccedit: ſed ſi & pater ſuperſtes ſit, avus admittitur. Ita prorſus eſt in ſpecie, quam notavit Harmenop. 3. *Prœbiri*. Fac ita eſſe. Fundus Titianus obligatus eſt Titio primum: tum cœpit obligatus eſſe fiſco: deinde mulieri ex cauſa dotis. Mulier licet ſit poſterior fiſco, præfertur, quia Titius excludit fiſcum, & ipſa Titium ſuo proprio Jure: atque ita mulier dum vincit Titium, vincit etiam fiſcum, quem Titius vincit. Sequitur Cujac. in *d. l. aſſiduis*. Sic ergo tota iſta facile ſufflaminantur.

Ex his patet, quid dicendum ſit de ceſſionario mulieris, nempe neque eum prælatione gaudere; licet enim ceſſionarius ſuccedat in Jus, quod cedens ſuper re ceſſa habet, *l. 1. cum ſeqq. C. de his, qui in locum priorum creditorum*, *l. ult. C. de privil. fiſci*; tamen id locum non habet, cum privilegium, ut eſt in ſpecie noſtra, non datur cauſæ, ſed perſonæ, *l. ex pluribus, ff. de adminiſtr. tutor.* ubi ob prædictam cauſam tutor, a quo pupillus ceſſis actionibus ſolidum exegit, non habet ex vi ceſſionis prælationem contra contutores; nam & hæc prælatio datur perſonæ, non cauſæ, ut ibidem Papinianus ait.

Hoc tamen a Doctoribus recipitur, quando ceſſio omni obligatione mulierem ſolvit, itaut ceſſionarius ſuo nomine agat. Secus eſſe docent, cum mulier ſuo periculo cedit, quo caſu ceſſionarius ſe habet uti procurator in rem ſuam, & ſi ei ſatisfactum non ſit, habet regreſſum adverſus cedentem; quamvis enim ex rigore Juris ceſſionarius neque eo caſu uti prælatione poſſet, tamen ex æquitate, & ex perſona mulieris prælationem habebit, ad evitandum circuitum inutilem: quippe ceſſionarius excluſus a creditoribus anterioribus ſe converteret contra mulierem cedentem, quæ adhuc eſt ei obligata: & hæc actionem inſtitueret contra eum, qui res dotales reſtituere tenetur, habita prælatione adverſus creditores

anteriores. Qui circulus utique inutilis eſſet. Proinde receptum eſt, ceſſionarium ipſum ex perſona mulieris poſſe ſtatim prælationem proponere. Ita Bartolus in *l.poſt dotem*, *in fine*, *ff. hoc tit.* Neguſ. *de pignor. par.* 2. *memb.*4. *num.*107. Theſ. *qq. forenſ.*5. Gait. *de credito*, *cap.*2. *num.*444. Menoch.4. *præſumt.*189. *num.*157.

Et hæc diſtinctio facilius recipi poteſt ea, quam idem Bartol. ibidem primo loco ponit, nempe, ut is ceſſionarius prælationem habeat, cui mulier ex cauſa neceſſaria ceſſit, quanquam ſecus ſit, ſi ceſſit ex cauſa voluntaria, puta donationis. Quæ diſtinctio aperte rejicitur ex Papiniano in *d.l.ex pluribus*, ubi ceſſio facta eſt a pupillo ex cauſa neceſſaria, & tamen tutori ceſſionario prælatio denegatur. Unde Donellus 15. *comm.*43. colligebat, ſolum ceſſionario ex cauſa voluntaria prælationem competere: quod etiam rationi Papiniani repugnat, quæ generalis eſt, ſcilicet, privilegia perſonæ in ceſſionarium non tranſire.

De actione ex ſtipulatu pro dote.

REpetendæ doti olim duæ proditæ erant actiones, ambæ in perſonam, quarum una erat actio rei uxoriæ, quæ bonæ fidei erat: altera ex ſtipulatu, quæ erat ſtricti Juris, videlicet ſi in danda dote intervenisſet ſtipulatio dotem reddi. Inter quas multæ erant differentiæ, quæ omnes pendebant ex eo, quod Prætor in danda formula actionis rei uxoriæ, addebat, *Æquius melius*, ita, *Quantum æquius melius eſſet dari repromittive*, ut colligitur ex *l.pen.* §.*ult. ff.eod.* ex *l.ſi cum*, *ff.de ſolut.* & ex *l.eas obligationes*, *ff.de capitis diminutione.* At in formula actionis ex ſtipulatu ea verba aberant: ex quo intelligebatur, Judicem ſtricto Jure decernere debere, Cic.3. *de officiis*, Bellon. *de mandata Juriſdictione cap.*1. *qu.*3.

Ex his Judiciis utrum utilius, & commodius eſſet actori, dubium eſt. Acc. in *l.ſi cui legetur*, §.*ult. ff.de leg.*1. ſtat pro Judiciis bonæ fidei. Quod improbatur a Cujac. in *l.un.in princ. C.de rei uxoriæ act.* tum quia in Judiciis bonæ fidei libera eſt Judicis poteſtas ſtatuendi de re, de qua agitur, prout æquius melius, §.*in bonæ fidei, Inſtitut. de actionibus*, unde Judex *arbiter* dicitur, ut arbiter de dote, *l.omnia. ff.de impenſis in rebus dotalibus factis*. In ſtrictis autem Judiciis, fines formulæ præſcriptæ egredi non licet. Et eo caſu proprie *Judex* dicitur; quare Seneca 3. *de beneficiis* 7. in bonis cauſis melius eſſe ait ad Judicem ire, quam ad arbitrum. Tum etiam quia ſi actio ſtricta utilior non eſſet actori, utique contractus bonæ fidei non firmarentur verbis ſtipulationis. Proinde olim ſæpe interponebatur ſtipulatio dotem reddi.

Quamvis hæc vera ſint, negari tamen non poteſt, nonnulla etiam commoda Judiciis bonæ fidei ineſſe; nam judicium eſt pecuniæ certæ, arbitrium incertæ, Cicero *pro Roſcio Comœdo*; propterea in arbitriis non ſubeſt periculum plus petitionis, ſicuti ſubeſt in Judiciis, Budæus in *l.*2. §.*vindicias filia*, *ff.de orig.Juris.* Ulterius actio bonæ fidei eſt vindex doli ma-

Digitized by Google

mali, imo & culpæ; nam verbum bonæ fidei non tantum excludit dolum, ſed etiam culpam, *l.Proculus*, junɛta *l.at qui*, *§.Scævola*, *ff. de negot.geſt.* Actio ſtricta non vindicat dolum malum, veluti actio ex ſtipulatu: & ſi dolus intervenerit in contractu ſtricto, neceſſaria eſt actio de dolo, non ſufficiente ipſa contractus actione, *l.& eleganter*, *§.1.ff.de dolo*, Cujac. *loc.cit.* *§.ſed etſi.* Quæ tamen omnia clarius patebunt ex ſequentibus.

Juſtinianus ergo in *d.l.un.* quam hic nos explicandam ſuſcipimus, favens dotibus, tria ſtatuit.

I. Rei uxoriæ actione ſublata, ſancivit, omnes dotes per ex ſtipulatu actionem exigi, tanquam pleniorem, licet nulla ſtipulatio dotem reddi intervenerit, quaſi tacita inſit, *d.l.un. in princ. §.& ut plenius*; ſicut in aliis quibuſdam cauſis legimus induci tacitas ſtipulationes, & agi tantum ex ſtipulatu utili; quas cauſas recenſet Accurſ. in *l.his verbis*, *§.utilis actio*, *ff.de adoptionibus.*

II. Ut actioni ex ſtipulatu, quæ eſt ſtricti Juris, inſit quidquid utile, & commodum erat in actione rei uxoriæ, quæ erat bonæ fidei, *§.ſed etſi.* Ex quo fit, ut actio ex ſtipulatu pro dote idonea vindex ſit doli mali: prætereа, ut incertam ſummam petendo, effugiat periculum plus petitionis, ut Cujacius ibidem notat, & patet ex dictis.

III. Ne conjuges ad imparia judicentur, marito etiam pro dote ſibi promiſſa conſequenda conceſſit tacitam ſtipulationem, *d.§.& ut plenius, verſ.& nemo putet.* Verum tamen eſt, actionem ex ſtipulatu de dote, quæ marito competit, eſſe ſtrictam: quæ autem mulieri competit, eſſe bonæ fidei, *§.ſed etſi*, Cujac.24. *obſ.22.& ad l.ult.ff.de jure dotium*; quamvis Acc. in *l.de diviſione*, *v.poſſeſſio eſt.ff.eod.* putet utramque bonæ fidei eſſe, Turaminus in *l.divortio*, *cap.3.* His poſitis, videamus primo loco.

Quæ retenta ſint ex actione ex ſtipulatu.

HÆc explanantur a Juſtiniano ex *§.Primum itaque*, uſque ad *§.cumque ex ſtipulatu.*

I. Ergo in actione rei uxoriæ habet locum edictum Prætoris de alterutro, de quo hic, & in *l.ult.C.Theod.de teſtam.* Eo cavetur, ut ſi quid maritus uxori, aut hereditatis, aut legati, aut fideicommiſſi titulo reliquerit, alterutro contenta abiret, aut petendo relictum actione ex teſtamento, aut dotem actione rei uxoriæ; quin imo tenetur ſatiſdare heredibus, ſe electo uno, nihil amplius petituram, *d.l.ult.* Idque ea ratione, quia favore heredis, non videtur teſtator plus legaſſe, quam judicio de dote mulier eſſet conſequutura, *l.Mævio, in fine*, *ff.de leg.2.* vel quia non cenſetur voluntatem teſtatoris fuiſſe, ut oneraret heredem duplici præſtatione, dotis, & legati, *l.pen.ff.de dote prælegata.* Vide Fabr. 1.*conject.*13. Et ſimiliter uxor heres inſtituta, interveniente forte Falcidia, duplici deductione, & dotis, & Falcidiæ carebat, quamvis alioqui heres, cum inducitur lex Falcidia,

de,

Digitized by Google

deducat quod ſibi defunctus debebat, licet æs alienum aditione confuſum ſit, *l.ſi vir uxori, l.in l.Falcidia 8.l.quod de bonis, §.quod avus, l.qui fundum, §.qui heredem, ff.ad l.Falcidiam*; nam aditione non eſt ſublata naturalis obligatio, quæ etſi non proficit ad actionem, tamen proficit ad retentionem, & deductionem, *l. debitor, ff. ad Trebell.* Balduinus *de Jure novo ad d.l.un.* Cujacius 3. *obſ.*16. & hic.

Ad actionem ex ſtipulatu edictum de alterutro non pertinet, *d.§. primum itaque*, quia ſcilicet in ea ſtricto Jure proceditur; ſecus quam in actione rei uxoriæ, ubi ex bona fide compenſatio fit. Quare cum ſublata ſit hodie actio rei uxoriæ, vigeatque actio ex ſtipulatu, conſequens fit, ut edictum de alterutro penitus ſublatum ſit, etiam cum inducitur lex Falcidia, *§.igitur.*

Quod verum eſt cum hac exceptione, niſi quod maritus uxori reliquit, id nominatim reliquerit *pro dote*; hoc enim caſu ex manifeſta mariti voluntate, uxor alterutro debet eſſe contenta. Quod etiam eſt in quolibet alio creditore, qui non habet crediti petitionem electo legato, quod ei debitor reliquit compenſandi animo, *l.cum pater, §.Titio, l.creditorem, ff. de leg.2.* Idem eſt, non adjecto *pro dote*, ſi modo eo animo relictum doceatur, ex ſententia Juliani in *l.3. §.1.ff.de dote prælegata.*

II. In actione rei uxoriæ retentionibus locus eſt ex quinque cauſis, propter res donatas, propter res amotas, propter mores, propter liberos, propter impenſas, Ulp. *lib.regul. tit.6. qui eſt de dotibus, §. retentiones*, & hic in noſtra *l.un.* quæ retentiones fiunt quaſi pignoris nomine, *l.dote, ff.de dote prælegata*. Quibus retentionibus locus non eſt in actione ex ſtipulatu, ubi ſtricto Jure agitur, & dos ſolida repetitur ſine diminutione, *§.taceat* (& ita ſemper, non *ſileat*) *cum ſeqq.* Quod obtinet in actione ex teſtamento, qua uxor petit dotem ſibi prælegatam, *d.l.dotem.* Sed hæc diligentius explicanda ſunt.

Competebat ergo marito retentio portionis dotis ob mores uxoris, qui cauſam præbuiſſent divortio. Et quidem ob mores leviores maritus retinebat octavas dotis, ob graviores ſextas. Graviores mores ſunt, adulteria tentum: leviores omnes reliqui, Ulpian.*cit.tit.de dotibus, §.morum.* Hinc intelligitur *l.miles, §.ſocer, ff.ad l.Juliam de adulteriis*, ubi retinetur lucrum ex dote ob cauſam adulterii, non etiam tota dos. Intelligitur etiam *l.cum mulier, ff.hoc tit.* cum dicitur, nihil retineri ex dote ob adulterium mulieris, ſi adulterata ſit viri lenocinio. Tandem intelligitur *l.viro, atque uxore, ff. eod.* ubi conjugibus mores invicem accuſantibus, ſi paria delicta appareant, maritus retentione caret.

Itaque competebat marito non ſolum retentio, ſed etiam actio de moribus uxoris puniendis, quæ divertiſſet; quæ actio civilis erat, & cum daretur ob cauſam doloris, & imminuti honoris, dabatur quidem marito, non heredi ipſius, vel in heredem, *l.rei judicatæ, §.1. ff.hoc tit. l.1. C.Theod.de inceſtis nuptiis.* Verum Juſtinianus judicium de moribus

ribus ſubſtulit, ut in *tit. C. de repudiis*, *& judicio de moribus ſublato*; vide Rævardum 4. *variorum* 13.

Nec tamen ideo minus Juſtinianus adulterium coercet, quo caſu mulierem judicio criminali multat dote tota, & lucro nuptiali, *l. conſenſu*, *§. vir*, *C. cit. tit. l. ult. C. ad l. Jul. de adulteriis*. Quod etiam probatur a Leone Imp. *Nov.* 33. *&* & a S. Pontifice in *cap. plerumque, de donationibus inter virum*.

Ob res uxori donatas competebat marito retentio, quia donatio conſtante matrimonio facta nullius momenti eſt. Et de hac retentione, quæ fiebat in judicio rei uxoriæ, mentio fit in *l. fructus §. ob donationes, & l. alia, §. pen. ff. hoc tit. l. 3. l. ob res, ff. de pactis dotalibus*, *l. ſin autem*, *§. pen. ff. de reivind.* & in *d. l. dote, ff. de dote prælegata*. ubi legata dote a marito, heres contra uxorem defuncti retentiones non habet, ob donationes, vel impenſas utiles. At Juſtinianus in *§. taceat*, ablata viro retentione, reliquit cetera Juris remedia, quæ ad revocandam donationem competunt: & ſunt primo directa in rem actio; ſi res donatæ extent; nam cum donatio inter conjuges invalida ſit, non deſiit maritus rerum donatarum dominus eſſe; quare Jure directo vindicat, *l. ſi donatæ*, *l. uxor marito*, *ff. de donationibus inter virum*. Secundo, utilis in rem actio, ſi ex pecunia donata uxor rem vel mobilem, vel ſoli comparaverit; quia enim ea res non eſt mariti, ſed uxoris, ideo maritus eam non vindicat directo, ſed utiliter, quaſi res ſit loco pretii. Eodem modo ſi ex lana ſibi a viro donata uxor veſtem fecerit, hanc veſtem proſequitur maritus actione in rem utili, non directa, quia veſtis domina eſt mulier, non vir, *d. l. uxor marito*, & *l. ſi mulier ex pecunia*, *cum l. ſeq. ff. cit. tit.* Tertio, condictio ſine cauſa competit marito, cum res donatæ ſunt conſumtæ, *l. ſi ſponſus*, *§. ult. & l. ſeq. ff. cit. tit.* Imo ſi mulier dolo malo fecit, ne res donata extaret, etiam tenetur actione ad exhibendum, vel damni injuria ex lege Aquilia, maxime ſi poſt divortium id commiſit, *l. ſi mulier dolo, ff. cit. tit.*

Retentio ob res amotas habetur in *l. ob res*, *ff. de pactis dotalibus*, ubi poſt divortium permittitur pactio, ne ob res amotas retentio eſſet. At hodie ex lege Juſtiniani maritus contentus eſſe debet actione rerum amotarum, *d. §. taceat*.

Retentio propter liberos duplex olim fuit. Prior, cum matrimonium ſolvebatur morte mulieris; quamvis enim Juris benignitate dos profectitia reverteretur ad patrem, ne dolori amiſſæ filiæ etiam adderetur damnum dotis, *l. Jure ſuccurſum*, *ff. de Jure dotium*, & hic *§. illo procul dubio*; tamen propter liberos, qui maritum ſequuntur, quintas maritus retinebat, tot ſcilicet, quot liberi ſuperſtites erant: prorſus ut ſi liberi quinque eſſent, integra dos apud maritum remaneret. Has quintas Juſtinianus ſubſtulit, nullamque earum mentionem in corpore Juris reliquit, nempe quia filii ad onus patris pertinent, & ali debent ex bonis patris, non ex dote, ut dicitur hic in *§. taceat*.

Po-

Digitized by Google

Poſterior, divortio facto culpa mulieris, aut patris; quippe ſingulorum liberorum nomine, ſi qui extarent, maritus retinebat ſextas ex dote, non tamen plures, quam tres ſextas, id eſt non ultra dimidiam partem dotis, Ulp. *d.tit.de dotibus, §.primo liberis*, Boetius in *Topicis Cic.* Poteſt tamen paciſci, ut divortio facto culpa mulieris, tota dos pro liberis maneat apud virum, *l.ſi inter virum, ff.de pactis dotalibus.*

Id ob eam præcipue rationem Juſtinianus ſubſtulit in *d.§.taceat*, quia hodie culpa mulieris facto divortio, mulier tota dote ſpoliatur, non liberorum contemplatione, ſed pœnæ nomine, tam ſi liberi extent, quam ſi non extent, *l.conſenſu, C.de repudiis.*

Conceditur tandem marito retentio propter impenſas in rebus dotalibus factas. Et quidem ob impenſas neceſſarias, ſine quibus periiſſet res, vel deterior facta fuiſſet, obtinet etiam hodie maritus retentionem, & eo minus reddit ex dote, *§.item ſi de dote, Inſtitutionib.de actionib.* Et hæc proprie retentio de dote non eſt, ſed quaſi retentio; quia, ut Cujacius *loc. cit.* inquit, quod retinetur pro modo, & rata neceſſariæ impenſæ, ipſo Jure deſinit eſſe dotale: & imminuit Univerſitatem ipſam, non corpora ſingula, *l.quod dicitur, ff.de impenſis in rebus dotalibus, l.1. in princ. l.dote, ff.de dote prælegata.*

In impenſis utilibus ex Jure Digeſtorum ita diſtinguitur, ut ſi ex voluntate mulieris factæ ſint, competat viro retentio: at ſi ea ignorante, vel invita, eas recuperet vir non ex dote, ſed ex aliis bonis mulieris, ſi quæ ipſa habet: quod ſi non habeat, cedant damno mariti, & lucro uxoris, *l.utilium, ff.de impenſ.in reb.dotalib. l.impenſæ, §.1. ff.de verbor.ſignif.* Hodie ob impenſas utiles nunquam fit retentio: ſed ſi eas maritus fecit voluntate uxoris, habet pro ipſis actionem mandati ex auctoritate Juſtiniani, ut dicitur in *d. §. taceat*. Ideo autem opus eſt auctoritate Juſtiniani, quia de rigore Juris actio mandati marito competere non poteſt de eo, quod utiliter impendit in dote, quia dos mariti eſt, & nemo actionem mandati habet, ſi quid in res ſuas impendit. Opus ergo fuit auctoritate Juſtiniani, ut hæc Juris ſubtilitas tolleretur; qui etiam in *l.in rebus, C.de Jure dotium*, definivit dotem non tam eſſe viri, quam mulieris. Ita poſt Thalelæum eleganter Cujacius hic. Quod ſi factæ ſint utiles impenſæ ſine voluntate mulieris, marito competit actio negotiorum geſtorum, quaſi re uxoria geſta utiliter, *d. §.taceat*. Quod Cujac. intelligit, ſi uxor aliunde ſolvere poſſit, quam ex dote, non aliter. Hanc tamen reſtrictionem non admittunt generalia verba Juſtiniani *loc.cit.* quæ ſunt: *Vel ſi non intercedat mulieris voluntas, utiliter tamen res geſta eſt, negotiorum geſtorum adverſus eam ſufficere.*

Ob voluptarias impenſas, quibus maritus prædia dotalia exornavit, neque olim, neque hodie competit retentio; ſed pati uxor debet, maritum eas abradere, ſi revelli poſſint ſine damno prædii dotalis, & ſi ſint profuturæ ipſi marito. Itaque maritus tollet ſtatuas, ſed non abradet pictu-

ras

Digitized by Google

ras, nihil laturus, niſi ut officiat mulieri, *l.pro voluptariis*, *l.voluptariæ*, *ff. de impenſis in reb. dotalib. l. in fundo*, *ff. de reivind. l.3. §. ſed ſi mutua*, *ff.de in rem verſo*, *d.§.ſileat*.

Miratur Balduinus in ſuo Juſtiniano de oſcitantia Triboniani, qui cum in noſtra *l.un.* retentiones ſubſtulerit, tamen in Pandectis, & in ipſo Codice, tot leges reliquerit, quæ palam marito retentionem concedunt, quæ leges a nobis in præſenti diſputatione jam allegatæ ſunt. Julius tamen Pacius *centur.5.quæſt.60.* pro tuendo Triboniano duplicem retentionem diſtinguit; unam perpetuam, qua res dotales Jure dominii ſemper apud virum futuræ ſint, & hanc a Juſtiniano detentam docet: alteram temporariam, quæ ſit loco pignoris, donec viro ſatisfactum ſit, & hanc tantummodo ſublatam ait ex *l. dote*, *ff.de dote prælegata*, ubi habetur, ob neceſſarias impenſas, quæ ipſo Jure dotem minuunt, licitam eſſe retentionem, quæ perpetua futura eſt: at non eſſe licitam ob donationes in mulierem factas, quia hæc eſſet dilatio ſolutionis nomine pignoris.

III. Ex judicio rei uxoriæ dos adventitia per mortem uxoris, vel ad extraneum redit, qui eam ſibi dari recepit: vel ea conventione ceſsante, remanet apud virum ſemper, ut inquit Ulpianus in *tit. de dotib.§.adventitia*, id eſt, *ſive extent filii ſive non*, verba Ulpiani; *Adventitia autem dos ſemper penes maritum remanet*, *præterquam ſi is*, *qui dedit*, *ut ſibi redderetur*, *ſtipulatus fuit*: *quæ dos ſpecialiter receptitia dicitur*. Hoc poſtremum immutat Juſtinianus ob actionem ex ſtipulatu. Itaque in *§.illo procul dubio*, ſtatuit, ut niſi extraneus receperit dotem ſibi reſtitui, ſemper dos actione ex ſtipulatu ad mulieris heredes ſpectet, nec unquam cedat lucro viri, niſi ita nominatim pacto conventum ſit.

Hinc ex novo Jure Juſtinianeo ubicumque in *ff.* vel *C.* legimus dotem adventitiam cedere lucro viri per mortem uxoris, id intelligamus oportet, ex pacto inito: nam ſine eo dos reſtituenda eſt heredibus mulieris. Ita eſt in *l.ſi ab hoſtibus*, *§.1.ff. eod.* ubi proponitur, maritum neceaſſe uxorem, ut dotem lucrifaceret, id eſt ob pactum: ne tamen ex ſuo delicto lucrum conſequatur, datur actio dotis heredibus uxoris. Ita quoque in *l.cum mortem*, *ff.de Jure fiſci*, maritus, quia non vindicavit necem uxoris, privatur tanquam indignus lucro dotis, quæ fiſco acquiritur: id eſt, ſi ex pacto dos ad virum pertinebat. Nec aliter in *l.5. ff. de bonis damnatorum*, uxore ſerva pœnæ effecta, dicitur, *Verum eſt dotem mariti lucro cedere*, *quaſi mortua ſit*. Et in *l.un. C. ſi adverſus dotem*, ubi mulier minor ætate circumventa a marito, omnia ſua bona ei in dotem dedit, mortua uxore maritus dotem lucratus eſt. Conceditur tamen ſorori defunctæ reſtitutio in integrum ex perſona defunctæ. In his, inquam, omnibus ex nova lege Juſtiniani, pactum intelligere opus eſt, initum de dote acquirenda viro; ſicut etiam idipſum intelligere oportet in *l.mulier*, *ff.de condit. inſtit.* *l.Celſus*, *ff.de religioſis*, *l.dotale*, *ff.de fundo dotali*.

Petes, quid in dote profectitia? Et dicimus, ſi pater prior deceſſerit conſtante matrimonio, deinde ipſa filia, dos profectitia in judicio rei uxoriæ pertinebit etiam ad maritum, non ad heredes ſoceri, ut clare conſtat ex Ulpiano in *d.tit.de dotib. Mortua*, inquit, *in matrimonio uxore, dos a patre profecta, ſi pater non ſit, apud virum remanet*. At vero hodie actione ex ſtipulatu competet actio heredibus uxoris, *d. §.illo procul dubio*, ubi generatim dicitur, dotem non in lucrum mariti cedere, ſed ex ſtipulatu ad uxoris heredes tranſmitti, ut recte ibi notat Cujacius.

Sed ſi moriente filia, vivus ſit pater, dos profectitia in omni judicio revertitur ad patrem, a quo profecta eſt, *l.Jure, ff.de Jure dotium*: nec intereſt, utrum filiam habeat in poteſtate, necne. *l.pater,ff.de evictionibus.*

Ceterum, quid dicendum ſit, cum matrimonium ſolvitur morte viri, infra dicemus ad finem.

Quæ immutata ſint in utraque actione.

IN actione rei uxoriæ dos, quæ conſtat numero, pondere, & menſura, redditur uxori ſoluto matrimonio, annua, bima, trima die; niſi ſi ut præſens reddatur,convenerit,Ulpianus *loc.cit.§.Dos ſi pondere*: id eſt ob minuendam exactionis acerbitatem, non reſtituitur ſtatim, nec tota ſemel, ſed tribus penſionibus, anno, biennio, triennio, *§. cum autem.* Quod leges aliquando compendio orationis dicunt, *Annua die*, *l.1. ff. de dote prælegata*, *l.talis*, *ff.de leg.1.* Idem eſt, ſi dicas, *trima die*, *l.3. §.pen. ff.de annuis leg.* Præterea hæc exactio non fit in ſolidum, ſed quatenus maritus facere poteſt, deducto ne egeat, ſi modo non in fraudem uxoris vir bona ſua diminuerit dolo malo, *d.§. cum autem*, *& l.etiam*, *§.1. ff.hoc tit.* Reliquæ dotes, quæ conſiſtunt in corporibus, rebuſque certis, redduntur præſenti die poſt ſolutum matrimonium, ut ibidem patet, Ulpian. *loc.cit. d.§.dos ſi pondere*.

Actio ex ſtipulatu in dote repetenda olim erat aſperior, nec quidquam in Judicis arbitrio reponebat; quippe maritum condemnabat in ſolidum, non habita ratione facultatum ejus, & exigebat dotem ſtatim a matrimonio ſoluto.

Hanc aſperitatem actionis ex ſtipulatu, qua ſola hodie dotes repetuntur, mitigavit Juſtinianus in *d.§.cum autem*, eique novam formam induxit; adjecit enim ex actione rei uxoriæ, ut maritus ſi ſine dolo malo ſuas facultates attrivit,ſolum condemnaretur in id, quod facere poteſt, cum eo tamen, ut caveat uxori, ſi ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus ſolvit, ſe reſtituturum. Hanc cautionem de nuda repromiſſione intelligit hic Cujacius, id eſt, promittis? promitto, ſine fidejuſſore, ſine pignore. Etenim ſocius conventus in id, quod facere poteſt, dum cavet de ſolido in caſu melioris fortunæ, nuda promiſſio ſatis eſt, *l.verum*, *§.id quod, ff.pro ſocio,* & vir ſocius uxoris eſt, *l.1. ff. de ri-*

Digitized by Google

ritu nupt. Præterea, quia in *l.3.C.de verbor.ſignif.* Juſtinianus conſtituit, cautionis nomen de nuda promiſſione accipi debere, ſi nihil addatur aliud, puta ſi non dicatur *idonea cautio*, vel *ſatiſdatio*.

Ita quoque actioni ex ſtipulatu addidit Juſtinianus, ſi dos conſiſtat in quibuſcunque mobilibus, vel ſe moventibus, vel Juribus, vel actionibus, ut ea non reddatur annua, bima, trima die, neque etiam præſenti die, quorum illud erat in actione rei uxoriæ, hoc in actione ex ſtipulatu, ſed intra annum, *d.§.cum autem*. At intra eum annum mulier, quæ aliunde vitam tolerare non poteſt, alenda eſt ſumtibus mariti, vel heredum ejus, quod & ipſi dote utantur fruantur, Accurſius & Cujacius hic.

Et quidem dos hæc intra annum eſt immunis ab uſuris; ſed ſi poſt annum non reddatur, incipiunt uxori currere uſuræ trientes, ſeu ad tertiam partem centeſimæ; quippe res mobiles æſtimantur, & ejus æſtimationis uſuræ perſolvendæ ſunt. Qua in re diſtat vir ab uxore; nam viro petenti dotem debentur uſuræ trientes poſt biennium, *l.ult. §. præterea, C.de Jure dotium*.

Quod ſi dos in rebus ſoli conſiſtat, commune eſt utrique actioni, & ex ſtipulatu, & rei uxoriæ, ut præſenti die reddantur, ſeu ſtatim ſoluto matrimonio, *d. §.cum autem*.

Quæ retenta ſint communia utriuſque actionis.

DE his Juſtinianus agit in *§.cumque ex ſtipulatu, cum ſeq.* & duæ propoſitiones ſtatuendæ ſunt; ſed prius meminiſſe oportet nos hic loqui de rebus inæſtimatis tantum, quæ etiam proprie ſunt dotales.

Prior propoſitio eſt. Quæ ſunt in fructu, percepta conſtante matrimonio, ex utraque actione cedunt lucro viri pro oneribus matrimonii. In fructibus dotis ſunt vindemiæ, ſegetes: item lana, & fœtus pecorum. Fructuum vice ſunt uſuræ collectæ ex nominibus dotalibus, *l.uſuræ, ff.de uſuris*: ita quoque penſiones prædiorum non modo ruſticorum, ſed etiam urbanorum, *l. 7. §.de penſionibus, ff.hoc tit. l.prædiorum, ff.de uſur.* Demum vice fructuum ſunt, quæ ſervus dotalis acquirit ex re mariti, vel ex operis ſuis, *d.§.cumque ex ſtipulatu*.

Ex quibus colligit Gloſſa hic, maritum ſimilem eſſe fructuario. Quod Cujacius inficiatur, quia maritus eſt dominus: unde licet fructuarius non poſſit manumittere ſervum, in quo habet uſumfructum, *l.2.ff.de manum.vind.* maritus tamen recte manumittit ſervum dotalem, ſi ſit ſolvendo, id eſt pretium capitis manumiſſi poſſit refundere uxori, ſicuti alienare poteſt quamlibet rem dotalem mobilem, ſi ſit ſolvendo, *l.3. C.de Jure dot.*

Poſterior eſt. Quæ non ſunt in fructu, maritus ex utraque actione reddit uxori, & augent dotem. Et hujuſmodi ſunt fœtus gregis, hi

ſcilicet, qui ſummittuntur a marito in locum ovium demortuarum; ut ita gregem integrum retineat; quippe hi non habentur in fructu, ſed doti accreſcunt, *l.plerumque*, *§.ſi ſervi*, *ff.de Jure dotium*, *d.l.7.* *§.non ſolum*, *ff.hoc tit.* Pariter quæcumque ſervo dotali relinquuntur hereditatis, aut legati titulo, in dote ſunt, *l.aditio*, *ff.de acq.hered.* modo excipias, ſi quid relictum ſit contemplatione mariti, hoc eſt, quod expreſſe teſtator ad maritum velit pertinere, *l.ſi legato*, *ubi gl.* *ff.de Jure dotium.*

Eodem modo partus ancillarum dotalium augent dotem, nec ſunt in fructu, *d.§.cumque ex ſtipulatu*, *& l.cum poſt*, *§.ult.* *ff. de Jure dotium*; nam abſurdum viſum eſt, ut homo eſſet in fructu, cujus gratia Deus fructus omnes creavit, *l.fœtus*, *ff.de uſufr.* *l.in peculium*, *ff.de uſur.*

Demum in fructu non eſt theſaurus, augetque dotem, *l.divortio*, *§.ſi fundum*, *ff.eodem*. Item lapides cæſi, arbores frugiferæ, & res comparatæ ex dotali pecunia, *l.ſi ex lapidicinis*, *l.res quæ ex dotalibus*, *ff.de Jure dotium*, *d.l.7.* *§.ſi fundum.*

Itaque quæ ſunt in fructu, acquirit vir, quia Dominus, ut dixi; verum quia non eſt ſolus Dominus, ea, quæ in fructu non ſunt, reſtituit uxori, quæ & ipſa domina eſt: quod ſupra latius expoſitum eſt.

Præterea commune utrique actioni eſt, quod proponitur in *§. cautione*. Summa hæc eſt: Filius a patre, qui dotem a nuru accepit, inſtitutus heres ex parte conſtante matrimonio, eam dotem habet præcipuam, & eam detrahit in judicio familiæ erciſcundæ, nec ſubjacet diviſioni. Idque utriuſque judicii æquitas admittit, id eſt tam ſi dos ex ſtipulatu reddenda ſit, quam ſi actione rei uxoriæ. Supponitur ergo dos data ſocero, quod accidit, cum maritus eſt ſub poteſtate patris, qui eſt ſocer: quia enim eo caſu pater ſuſtinet onera filii, & nurus, quos omnes in ſua familia habet, *l. filia*, *§.hoc amplius*, *ff.fam. erciſc.* propterea dos, quæ conſtituitur ad onera matrimonii ferenda, patri datur: imò ſi marito data ſit, patri confeſtim quæritur, *l.ſi filiofam.26.* *l.ſi filiofam.56.* *ff.eod.* Poſt mortem vero patris, quia onus matrimonii a patre in filium transfertur, ideo ad filium quoque dos tranſit, qui eam præcipiet judicio familiæ erciſcundæ, tanquam æs alienum patris: eaque præcepta, deinde reliquam patris ſubſtantiam dividet cum coheredibus. Verum coheredes oppoſita exceptione doli, non ante permittent filio dotis præceptionem, quam ipſe caverit per ſtipulationem coheredibus, ſe defenſurum eos adverſus mulierem, vel patrem ejus, vel adverſus quemcumque, qui ſoluto matrimonio, dotem ſit repetiturus, *d.§.cautione*, *d.l.ſi filia*, *§.hoc amplius*, *l.fund.ff.fam.erciſc.l.1.§.Celſus*, alias *l.2.* *in princ.&* *§.pen.ff.de dote præleg.*

Quæres I. quid ſit dicendum, ſi filius exheredatus ſit? Et plane etiam exheredato concedenda eſt dotis præceptio; nam exheredatio non adimit dotem filio, *l.dotem*, *ff.de collat.bonorum*; tum quia cenſetur ut æs alienum; tum etiam, quia ad filium onera matrimonii devolvuntur, & quem onera matrimonii ſequuntur, eum & dos ſequitur. Eodem modo exhe-

redatio

redatio Jus ſepulchri familiaris non adimit, qua exheredatio familiam non aufert, *l.6. ff.de religioſis*. Sed quia actione exheredatus filius dotem petet? Et in *d. l.2. in princ.* dicitur, actione utili. Quod recte Accurſius ibi explicat, utili actione familiæ erciſcundæ, quæ datur etiam non heredi, quamvis directa ſoli heredi detur: unde filius adoptivus impubes exheredatus, petet quartam D. Pii utili hac actione, *l.2. §.ſi quarta, ff.fam.erciſc.*

Quæres II. quid ſi filius inſtitutus ſit a patre ex aſſe? Dubium id locum habet, cum ob onera legatorum legis Falcidiæ ratio ponenda eſt. Et dicimus, filium adhuc deducere dotem uxoris ſuæ, tanquam æs alienum patris; nam heres, cum inducitur lex Falcidia, deducit æs alienum, *l.ſi vir uxori, ff.ad l.Falcid.* Cujacius hic.

Quæ retenta ſint ex actione rei uxoriæ.

DE his agitur in *§.videamus,cum 4.ſeqq.* Primum eſt in in dote profectitia. Olim ſi filia dotata a patre, heres fuiſſet ab eodem ſcripta ex parte, actio ex ſtipulatu de dote, dividebatur inter coheredes proportionibus hereditariis:quod ſi fuiſſet exheredata,dote filia ſpoliabatur,dotis repetitione competente ſolis heredibus ſcriptis.Hoc emendat Juſtinianus ex natura actionis rei uxoriæ,per quam filia ſemper dotem ſibi præcipuam retinet,non tantum heres ſcripta ex parte,ſed etiam emancipata,& exheredata. Nempe,quia dos profecta a patre,efficitur patrimonium filiæ,adeo ut negatur eſſe inbonis patris, & dicatur magis eſſe in bonis filiæ, *l.4. ff.de collat. bonor.l.pater,ff.ad l.Falc.* propterea nec emancipatione adimitur,nec exhere datione, quia exheredatio excludit filiam tantum a bonis paternis.

Præterea ex actione rei uxoriæ filia exheredata caret quærela inofficioſi teſtamenti, ſi dos ad legitimam eſt ſatis. Id hodie a Juſtiniano transfuſum eſt in actionem ex ſtipulatu, *§.quo a nobis*. Itaque hodie dos profectitia, ſicut & donatio propter nuptias, ſemper imputantur in legitimam, ut in *d.§.* & in *l.quoniam, C.de inoff.teſtam.* quia præſumit lex dotem, vel donationem propter nuptias liberis dari contemplatione portionis debitæ: ſicuti quæ donat libertus patrono, contemplatione debitæ portionis donata cenſentur, *l.3. §.pen. ff.de bonis libertorum*. Olim dos, tanquam vivo patre ſeparata a bonis paternis, non imputabatur in legitimam, *l.1. & 2. C.Gregor. de inoffic. teſtam.* quippe legitima debetur ex bonis, quæ morientis fuerunt, *l.cum quæritur, C.de inoffic.teſtam.*

Tandem ex actione etiam rei uxoriæ eſt, ut dos profectitia, patre moriente inteſtato, in collationem veniat: at eodem patre moriente teſtato, non veniat, niſi teſtator expreſſe collationem injunxerit, *d. §. quo a nobis*. Quod poſtremum idem Juſtinianus immutavit in *§.illud quoque, auth.de triente, & ſemiſſe*, ſtatuitque, ut ſuccedentes ex teſtamento fratres

tres

Digitized by Google

tres conferrent bona propria in commune, ſi vellent frui paternis ex teſtamento, niſi teſtator id prohibuiſſet.

Itaque dos imputatur in legitimam, & confertur. Et ſane hæc eſt regula Juſtiniani in *l. pen. C. de collationibus*, ut quodcunque imputatur in legitimam, id etiam conferatur fratribus: ſed non e contrario, nam non omne, quod confertur, etiam imputatur in legitimam.

Ceterum dos adventitia, id eſt a matre filiæ data, vel ab avo materno nepti, in collationem pariter venit, cum eidem matri, vel avo ſucceditur: idipſum eſt de donatione propter nuptias; quamvis in ceteris regula ſit, ut donata a matre, vel alio aſcendente materno, collationi non ſubjiciantur. Vide in *d.l.pen. §.ad hæc cum ſ.q.*

Secundum eſt in dote adventitia. Si dos ab extraneo data ſit, ſimpliciter ſina ullo pacto, cenſetur ipſi mulieri donata; & ſoluto matrimonio, eam ipſa ſibi repetit actione rei uxoriæ, ut olim: hodie actione ex ſtipulatu. At ſi extraneus, qui pro muliere dotem dedit, nominatim ſtipulatus, vel pactus ſit, eam ſoluto matrimonio ſibi reddi, utique ipſi, & non mulieri actio ad repetendum competet, *§.accedit*. Quæ dos in Jure noſtro *receptitia* dicitur. Itaque extraneo ita ſtipulanti datur actio ex ſtipulatu: ſed paciſcenti redditur actio præſcriptis verbis, *d. §.accedit*, *l.avia 6. C.de Jure dotium*; ex eo enim pacto in continenti adjecto cenſetur geſtus contractus innominatus, *do ut des*; id eſt do tibi dotem, ut ſoluto matrimonio eam mihi reddas: conſtat autem ex contractu innominato oriri actionem præſcriptis verbis, *l.naturalis*, *§.1. ff. de præſcriptis verbis.*

Eſt in hac re differentia inter extraneum, & patrem dantem dotem pro muliere; nam pater recipit ſibi dotem ſtipulatione tantum, non pacto inito reddendæ dotis: at in extraneo ſufficit pactum. Quæ differentia proponitur in *d.l.avia 6. C.de Jure dotium*, & inſinuatur in *l.quoties*, *ff. eod.* Et extranei nomine venit quicunque non habet mulierem in poteſtate, ut propterea pater reſpectu filiæ emancipatæ hic extraneus dicatur, *§.extraneum*.

Hujus diſcriminis ratio varie redditur a Gloſ.in *d.l.avia*, Alciato in *l.legem, num.7. C.de pactis*, Alexandro in *l.ſi cum dote, ff.eod.* Connano 8. *comm.*10. *num.*7. Placet tamen, ut dicamus rationem pendere a novatione, quæ in dote profectitia fit a patre, cum in ſe dotis repetitionem transfert. Quod hic breviter explicandum eſt. Ex Juris diſpoſitione actio rei uxoriæ pro repetenda dote profectitia non eſt ſolius patris, nec filiæ ſolius, ſed ſimul utriuſque; & ſi patri ſoli agenti maritus dotem reddat, ab obligatione non ſolvitur, poteſtque iterum ab uxore conveniri, *l.2. §.1. ff.eod.* Quod retinet Juſtinianus hic in *§.& hoc*, ut dicemus. Inde fit, ut quoties pater velit actionem pro dote ſibi in ſolidum acquirere, opus omnino ſit novatione: nam novatio eſt, ubi perſona creditoris mutatur, *l.ult. C. de novationibus*. Novatio autem ſolo pacto, & ſine ſtipulatione

non

non ſit, *l. 1. C. de novationibus*, *§. præterea*, *Inſtit. quib. modis tollitur obligatio*, Accurſius in *l. 1. v. civilem*, *ff. de novationibus*. Ex hoc ergo eſt, ut pater nequeat in ſolidum transferre in ſe dotis profectitiæ reſtitutionem, niſi adhibita ſtipulatione: extraneus vero, qui nihil novat, poſſit etiam per pactum. Et hanc eſſe veram hujuſce rei rationem, demonſtrant evidenter verba Maximini in *d. l. avia*, quæ ita habent: *Patris pactum dotis actionem profectitiæ nomine competentem conventione ſimplici minime creditur innovare*. Ubi duo habentur, & novationem fieri, & eam ſimplici pacto non celebrari. Itaque ſtipulatione opus eſt.

Sed quia novatio, cum mutatur perſona creditoris, non valet ſine delegatione: propterea nequit pater neque etiam ſtipulando in ſe ſolum dotis repetionem transferre, ſine delegatione filiæ: & hoc eſt, quod dicitur *ex voluntate filiæ* in *d. l. 2. §. 1. ff. eod.* Unde rectiſſime Cujacius hic in *§. accedit*, docet ſtipulationem ita a patre concipi debere, *Voluntate filiæ dotem mihi reddi*. Quibus recte intellectis, facile ſolvuntur quæcunque in contrarium objicit Alexander in *d. l. ſi cum dotem*.

Quamvis autem ſoluto matrimonio morte viri dos profectitia actione rei uxoriæ repetatur ſimul a patre, & a filia, nec poſſit unus ſine conſenſu alterius agere; tamen patre mortuo ante litem conteſtatam, non transfertur actio in heredem ipſius, ſed ſola filia agit, ac dotem proſequitur, etiam exheredata, quaſi proprium patrimonium, *§. & hac*, ubi notatur id hodie retineri in actione ex ſtipulatu; quamvis olim actione iſta ſolus pater egiſſet, non expectato conſenſu filiæ: & eo mortuo, actio ad ſuos heredes transmitteretur.

De ſingularibus Dotium, ad *l. 1. ff. eodem*, *Pomponius lib. 15. ad Sabinum.*

Dotium cauſa ſemper, & ubique præcipua eſt; nam & publice intereſt dotes mulieribus conſervari; cum dotatas eſſe fœminas ad ſobolem procreandam, replendamque liberis Civitatem, maxime ſit neceſſarium.

Dividitur hic textus in partes principales duas. In priori eſt propoſitio de favore dotium, & hæc ſtatim initio. Poſterior ſubdividitur in duas alias: in prima eſt propoſitionis ratio, ibi: *Nam &*. In ſecunda redditur rationis ratio, *Cum dotatas*. De ſingulis dicendum eſt.

De

De Priori Parte.

PRopoſitio ergo,ſeu aſſertio Pomponii eſt, *Dotium cauſam ſemper, & ubique præcipuam eſſe*; quæ duplicem intellectum habet, unum proprium & nativum Pomponii ipſius, alterum aſcititium, quem ei affixit Juſtinianus ex novis privilegiis doti ab eo tributis, quæ non ita multa, nec ita magna tempore Pomponii erant; prorſus ut verius ſit hodie, quam olim, dotis prærogativam ſemper & ubique præcipuam eſſe. Unde Merenda 13. *contr.*46. negat hæc verba eſſe Pomponii, & hic a Triboniano ſecundum Jus novum inſerta contendit. Nihil tamen obſtat, quin Pomponii eſſe poſſint, modo recte & moderate explicentur.

Et quidem Cujac. in *l.aſſiduis, C.qui potiores in pignore*, ſtrictiſſime noſtrum textum interpretatur, id eſt ut non loquatur, niſi de uno tantum prælationis privilegio, cum dicit *dotium cauſam præcipuam*; nam id proprie *præcipuum* eſt,quod præ aliis capitur, *l.2.ff.de fundo inſtructo, l.filiæ, C.fam. ercifc.* Quia ergo dos, cum de repetendo agitur, ob privilegium prælationis præcipitur a muliere, id eſt capitur ante quam ceteris creditoribus fiat ſatis, ideo a Pomponio *præcipua* dicitur; cujus tamen tempore, nec præcedebat omnia credita in actionibus perſonalibus, nec in hypothecariis.

Subdit Pomponius *ſemper*; quod dupliciter explicari poteſt. Primo *ſemper*, id eſt ſive dos repetatur die legitima, ſcilicet ſtatim in rebus ſoli, at in rebus mobilibus annua die: ſive die conventa in contractu dotali, *l.de die, & l.ſeq. ff.de pactis dotalibus.* Secundo *ſemper*, id eſt ſive ſoluto, ſive conſtante matrimonio dos repetatur, *l.ſi conſtante, ff.eod.*

Ultimo addit, *ubique*, qui eſt articulus loci, ſicut *ſemper* eſt articulus temporis, & denotat, tam in Provinciis, quam in Italia; nam quod attinet ad prælationem, nullum eſt diſcrimen locorum, quamvis reſpectu alienationis fundi dotalis olim tempore Pomponii longum fuerit diſcrimen: quippe ex lege Julia fundus Italicus non poterat alienari invita muliere: provincialis autem fundus ne conſenſiente quidem muliere alienari poterat. Quod diſcrimen hodie ſublatum eſt a Juſtiniano, *§.1. Inſtitut.quibus alienare licet, l.un. §.& cum lex Julia, C. de rei uxor.act.* & nos infra.

Alii addunt, dotem tempeſtate Pomponii cauſam præcipuam habuiſſe etiam ex regula, quæ docet, in ambiguis pro dotibus reſpondere melius eſſe, *l.in ambiguis 86.ff.de reg.Jur. l.in ambiguis, ff.de Jure dotium*, veluti ut ſponſa, etiam matrimonio non ſequuto, in his, quæ dedit nomine dotis, habeatur ut uxor, *l.ſi ſponſa, ff.de Jure dotium*. Quæ interpretatio ex mente Pomponii non eſt, qui *præcipuum* ſtricte, id eſt de ſola prælatione accipit, ut jam dictum eſt.

Ha-

Hactenus de noſtro textu ex mente Pomponii. Dubium tamen eſſe non poteſt, propoſitionem illam generalem, *Dotium cauſam ſemper, & ubique præcipuam eſſe*, veriorem deprehendi, ſi accipiatur ſecundum Jus novum Juſtiniani; nam ſi illud, *præcipuam*, ſumatur ſtricte de ſola prælatione, hodie dotis exactio præponitur omnibus creditoribus non ſolum ex perſonali agentibus, ſed etiam hypothecariis: quare hodie, quam olim, verius eſt dotem ſemper præcipuam eſſe. At ſi accipiatur large pro privilegio quocunque, etiam verius eſt, Dotem hodie ubique præcipuam eſſe, quam olim, cum Italiæ, & Provinciarum diſcrimen ſublatum ſit.

Meminiſſe tamen oportet, hanc noſtri textus propoſitionem non eſſe axioma, quod nunquam fallit, ſed eſſe regulam, ad quam ſatis eſt, ſi plerumque vera deprehendatur, quamvis nonnunquam ob circumſtantiarum varietatem efficiatur irrita, *l.regula*, *l.omnis definitio*, *ff.de reg. Juris*. Hoc monemus, eo quod dotis cauſa aliquando nec inter perſonales actiones, nec inter hypothecarias præcipua eſt, ut a nobis ſupra deductum eſt.

De poſteriori parte.

IN hac additur ratio privilegii; nam cum privilegium lex ſit, ſine ratione ſtare non poteſt: quippe *lex ratione conſtat*, ſive *legem ratio commendat*, ut loquitur Tertullianus *lib. de corona militis*. Hujus ergo privilegii ratio, ſeu cauſa eſt, quod publice interſit dotes mulieribus conſervari, ut nubere poſſint, & dare operam juſtis liberis procreandis. Quod eſt maxime neceſſarium in Republica, quæ juſtis civibus conſervatur, & augetur; nam etſi nuptiæ conſiſtant ſine dote, *l.nuptiæ*, *C.de donationibus ante nuptias*; tamen pauciſſimi ſunt, qui velint ducere indotatas, & ob id Reipublicæ intereſt, ut dotes eis conſerventur. Hinc Reipublicæ naſci dicimur, *l.1.§.& generaliter*, *ff.de ventre in poſſeſſionem mittendo*, quod a Platone deſumtum eſt, *lib.7. de legib.* & *epiſt.9.* dum ait, nos primo patriæ, deinde parentibus, poſtremo & nobis naſci. Lucilius:

Commoda præterea patriæ ſibi prima putare;
Deinde parentum, tertia jam poſtremaque noſtra.

Hinc & conditio viduitatem inducens, Reipublicæ utilitati repugnare videtur, *l.hoc modo*, *ff. de conditionibus*, *& demonſtr.* ut Gothofr. hic notat.

Sunt tamen, qui contra Pomponium diſputent, contendentes, ſingularia dotis non ob publicam Civitatis utilitatem eſſe introducta, ſed ob privatum mulierum commodum.

Quod probant I. ex *l.aſſiduis*, *C. qui potiores in pignore*, ubi Juſti-

nianus privilegium prælationis etiam contra creditores hypothecarios inducens, motus videtur non niſi privato mulierum commodo, id eſt ut mulierum fragilitati ſuccurreret, & quod & corpore, & ſubſtantia, & omni vita uxoris maritus fruatur. Quas etiam rationes obtendit in *§. quæſitum eſt igitur, auth. de æqualitate dotis*.

II. Ex *l. 3. C. de primipilo, lib. 12.* ubi cauſa dotis expreſſe privata dicitur; nam Diocletianus Imperator mulieri agenti pro dote præferens fiſcum agentem ex cauſa primipili, hanc rationem reddit: *Utilitas publica præferenda eſt privatorum contractibus*.

III. Ex Jure Pontificio, cum alienationem fundi dotalis a lege civili prohibitam jurejurando roborari ſtatuit in *cap. cum contingat*, & *cap. licet, de Jurejur.* Quod ſatis declarat cauſam dotis eſſe Juris privati: nam Jusjurandum contra Jus privatum ſtringit, non etiam contra Jus publicum, *cap. ſi diligenti, de foro competenti*.

Non eſt tamen a noſtri Pomponii ſententia recedendum, cum leges tueri dotem ob Reipublicæ utilitatem decernit: cui adhæret Paulus in *l. 3. ff. de Jure dotium*, inquiens: *Reipublicæ intereſt, mulieres dotes ſalvas habere, propter quas nubere poſſint*. Idem Paulus in *l. 5. ff. de priv. creditorum*, & Triphoninus in *l. in bello, §. medio tempore, ff. de captivis*, ibi, *Publica nuptiarum utilitas*. Imo idipſum fatetur Juſtinianus ipſe in *§. ſancimus, auth. de reſtitutionibus, & ea quæ parit*; ubi injunctum fideicommiſſum reſolvi permittens ob donationem propter nuptias, vel ob dotem, ait: *Ea enim, quæ communiter omnibus proſunt, iis, quæ ſpecialiter quibuſdam utilia ſunt, præponimus*.

Nec ſolum auctoritate Juris, ſed rationis etiam momento idipſum probatur. Nam multa ſingularia pro dote ſtatuta a legibus, dura ſunt; & illud quidem duriſſimum, ut cauſa dotis præferatur antiquiori creditori. Quod ſi ob privatam mulierum utilitatem inductum dicamus, jam lex palam eſſet injuſta, id eſt lex non eſſet, ſed Principis libitum, inferens antiquiori creditori damnum, & præjudicium ſine cauſa. Quæ iniquitatis ſuſpicio ceſſat, ſi in dotibus conſervandis publicam utilitatem verſari dicamus. Nam Juſtitiæ Legalis, quæ in Legislatore reperitur, munus eſt ſingulos cives dirigere ad bonum commune Reipublicæ, ut partes ad totum, D. Thom. 2. 2. *quæſt. 58. art. 5.* & propterea aliquando etiam ea, quæ nonnullis civibus præjudicium inferunt, amplectatur, dummodo inde ad bonum publicum pervenire poſſit. Exempla habemus, cum ob fuſum exercitum decimus quiſque miles fuſte feritur, etiamſi ſtrenuus: & cum ex Senatuſconſulto Silaniano, Domino per ſervum necato, familia omnis, quæ ſub eodem tecto manſiſſet, ad ſupplicium capitur, in qua ſæpe & innoxii ſunt. Hæc dura ſunt, ſed non iniqua, ob publicam ſcilicet utilitatem. Et de his ſermonem habens C. Caſſius apud Tacit. 14. *annalium*, inquit: *Habet aliquid ex iniquo omne magnum exemplum, quod contra ſingulos, utilitate publica rependitur*. Fateamur itaque opor-

Digitized by Google

oportet, dotis cauſam multis ſingularibus frui, quia publice intereſt, mulieribus ſalvam eſſe.

Itaque duplex privilegiorum genus diſtinguendum eſt. Unum, quod in privatos homines fertur, ob privatam utilitatem. Et eo nihil eſt perniciofius Reipublicæ, ut monuit Cicero *pro domo ſua*, dum ait, privilegia, ſeu leges pro privatis hominibus, prohiberi, & vetari tam a legibus ſacratis, quam a XII. Tabb. legibus. Leges ſacratæ ſunt, quæ in ſacro monte latæ fuerunt, Manutius *de legibus pag.*25. Idemque Cicero hujus legis verba *lib.*3. *de legib.* hunc in modum refert: *Privilegia ne irroganto*. Alterum privilegiorum genus eſt, quod privatis quidem perſonis indulgetur, ſed ita utilitate publica exigente. Et hoc juſtum & probatum eſt, ut privilegia creditorum, fiſci, dotis, Ræyardus ad *ll.XII. Tabb. cap.*2. Non diſſimilia habet Cujac.15. *obſ.*8. qui præterea ex Ænea Gazæo monet, hanc legem Decemviros, ut alias pleraſque, ſumſiſſe ex Solonis legibus.

Nec in contrarium oppoſita obſtant. Nam inquantum ad primum, dicimus rationes a Juſtiniano congeſtas in *d. l. aſſiduis*, & in *d. auth. de æqualitate dotis*, nempe fragilitatem mulierum, fruitionem mariti, eſſe cauſas impulſivas, quæ tamen omnes famulantur uni cauſæ finali, quæ eſt favor publicus. Non enim negandum eſt, privilegia dotis privatam etiam mulierum utilitatem reſpicere; ſed hæc non eſt cauſa finalis, & primaria. Et hoc ſane demonſtrat Pomponius in noſtra *l.*1. dum ait: *Nam & publice intereſt, &c.* quippe articulus *Et*, præter cauſam expreſſam, aliam tacite deſignat, quaſi dictum ſit, mulieribus dotem conſervari intereſſe non ſolum privatæ cauſæ, ſed & publicæ. Quæ duo in hoc diſtant, ut diximus, quod cauſa publica eſt finalis, privata eſt impulſiva: propterea ut minus principalis a Pomponio innuitur potius, quam exprimitur.

II. Ad textum in *d.l.*5. *C.de primipilo*, varie reſponſum eſt. Merenda 3. *contr.*8.*num.*22. putat, dotem dici cauſam privatam non ſimpliciter, ſed reſpectu fiſci, ut minus malum in comparationem majoris ſolet appellari *bonum* ex Ariſtotele 5.*Ethicor.*1. Aliter reſpondet Turaminus in *l.non puto*, *ff.de Jure fiſci, cap.*1. *num.*7. Mihi notandum videtur, a Diocletiano dotem non dici cauſam privatam, ſed privatorum contractum, ut mens Imperatoris ſit, utilitatem publicam verſari aliquando circa contractus cum Republica geſtos, ut eſt contractus primipili cum Fiſco, aliquando circa contractus privatorum, ut eſt in dote; his tamen concurrentibus præferri utilitatem publicam ex contractu Reipublicæ; præferri, inquam, utilitati publicæ ex contractu privatorum. Non negat ergo Diocletianus dotis cauſam eſſe publicam, ſed negat oriri ex publico contractu.

III. Quod attinet ad Jus Pontificium diſtinguendum inter Jus Publicum utilitate, & auctoritate, quæ diſtinctio traditur a Pacio in *§.hujus*

ſtudii, *Inſtitutionibus de juſt. & jur.* Juri publico utilitate poteſt Jurejurando derogari, non quidem in communi, ſed a privato homine, ad quem hæc utilitas privatim derivat, ut intelligendus eſt textus in *cap.cum contingat, & cap.licet, de Jurejurando*, cum fundi dotalis alienatio Jurejurando roboratur; præſertim quia olim extra Italiam ex lege Julia non prohibebatur, & in ſolo Italico etiam aſſentiente uxore valebat; quippe dotium cauſa eſt quidem Juris publici, ſed utilitate, ut ex noſtro textu patet.

Aliud eſt de Jure publico auctoritate. Tale olim erat, quod auctoritate Populi Romani gerebatur, ut arrogatio, tutela, teſtamentum; nihil enim horum, niſi auctore populo, fieri poterat; nam in arrogatione Principis conſenſus exigebatur, Gellius 5. *Noct. Att.* 19. quæ poſtea Imperiali reſcripto permitti cœpit, *§.1. Inſtitut. de adoptionibus*: ita etiam in tutela, quæ propterea publicum munus dicitur, *Inſtitutionib. de excuſationibus tutorum, in princ.* Eadem de cauſa teſtamentum Juris publici etiam dicitur in *l.3. ff.qui teſtamenta*, & in *l.teſtandi, C.de teſtamentis*, quidquid repugnet Rævardus 5. *var.*12. qui pro Jure publico in citatis legibus Jus privatum legit. De Jure Canonico Jus publicum auctoritate eſt, quod in Conciliis communi Eccleſiæ conſenſu ſtatuitur, ut patet ex *d.cap.ſi diligenti, de foro competenti*, ubi clericorum exemtio in temporalibus, quia ſtatuta in Conciliis Milevitano, & Carthaginenſi, Juris publici eſſe dicitur, & propterea ei nec etiam Jurejurando poſſe renunciari.

Videtur tamen hoc verius eſſe de Jure publico Eccleſiaſtico, quam Seculari, cui ſaltem indirecte Jurejurando recte renunciatur. Quod probatur ex *cap. quamvis pactum, de pactis in 6.* cum dicitur Jurejurando futuræ paternæ hereditati recte renunciari; & tamen pactum iſtud libertatem teſtandi patri tollit, *l.pactum quod dotali, C.de pactis*: quapropter contra Jus publicum auctoritate eſt, cum teſtamentum Juris publici auctoritate ſit, ut jam monuimus.

His conſequens eſt, ut dotis privilegia explicemus. Et nos quidem ſupra in ultima Rubricæ parte vidimus de iis, quæ pro repetenda dote mulieri impertita ſunt; quare illud ſupereſt, ut reliqua hic percurramus.

Enumerantur ſpecialia dotium.

PRimum privilegium. Ex lege Julia fundi dotalis, qui in Provinciis eſſet, alienatio licita erat, quia prædia provincialia olim non erant res mancipi, id eſt, alienando dominum Bonitarium, non Quiritarium conſtituebant: at in eo, qui in ſolo Italico erat, & erat res mancipi, diſtinguebatur, ut poſſet ſcilicet alienari, volente muliere, obligari autem non poſſet, nec volente muliere, *§.1. Inſtitutionib. quibus alienare non li-*

licet, *l.un. §.& cum lex*, *C. de rei uxor.act.* Ratio diverſitatis erat, quia facilius mulier conſentit obligationi, quam alienationi, quia obligatio non mutat dominum rei; quare nimiam facilitatem lex refrænare voluit, ut ubi majus eſſet periculum, ibi plenius conſuleret. Ob quam etiam cauſam S.C. Vellejanum opitulatur mulieri obligatæ pro alio, non etiam donanti: quia facilius ſe mulier obligat, quam donet, *l.4. ff. ad Vell.j.* Hæc lex Julia eadem eſt cum ea, quæ & de pudicitia lata eſt, & de adulteriis, ut eſt apud Paulum 2. *ſent.tit.de dotib.*

Hodie ex Juſtiniano in *cit.Jurib.* ſublata eſt differentia locorum, Italiæ, & Provinciarum: ſublata etiam differentia eſt inter alienationem, & obligationem. Itaque generatim ſancitum eſt, ne fundus dotalis, ubicumque locorum ſit, nec etiam conſenſiente uxore, poſſit alienari, ea ratione, ne fragilitas ſexus in perniciem ſuæ ſubſtantiæ convertatur.

Idipſum porrigitur ad fundum donatum propter nuptias, quæ tanquam reciproca dos habetur; hac tamen addita exceptione, ut ſi mulier, quæ ſemel alienationi, vel obligationi fundi donati propter nuptias conſenſit, iterum deinde poſt biennium conſentiat, itaut appareat, non ex animi fragilitate, ſed certo judicio conſenſiſſe, rata ſit alienatio, vel obligatio, ſi ex aliis mariti bonis mulieri ſatisfieri poſſit, *§. ſi quis igitur*, *auth.ut immobilia antenuptialis donationis*, *auth.ſive*, *C.ad Vellej.*

Quæres I. an fundi etiam dotalis alienatio, & obligatio firma ſit, ſi poſt biennium mulier iterum conſenſiat, & aliæ res viro ſuppetant, ex quibus mulieri conſuli poſſit. Et nonnulli ex Antiquis affirmant, de quibus Accurſius in dictis Juribus meminit. Ita quoque Cujacius in *d.auth.* & in *d.l.un.§.& cum lex*, cui adhæret Gothofredus in *d.auth.ſive.* Moventur ex illis verbis Juſtiniani in *d. §.ſi quis igitur*: *Et multo potius hæc in dote valebunt*, *ſi quid dotis aut alienetur*, *aut ſupponatur*.

Joannes tamen, Accurſius, & alii communiter in contrarium nituntur, qui prædicta Juſtiniani verba referunt ad prohibitionem alienationis, non ad permiſſionem: primo, quia dicitur, *Multo potius*, quæ verba ſi ad permiſſionem alienationis referas, ſenſus erit abſurdus, nempe quia fundi donati propter nuptias alienatio, & obligatio, permittitur, multo potius alienationem, & obligationem permittendam eſſe in fundo dotali. Quod argumentum a majori ad minus, oſtenderet graviorem eſſe cauſam donati propter nuptias, quam dotis. Quod eſt falſum: quippe ſemper favorabilior eſt cauſa dotis, in qua uxor agit de damno vitando, quam donationis propter nuptias, ubi mulier agit de lucro captando. Hinc prælatio, quam mulier habet in dote, non viget in donatione propter nuptias, licet & pro hac hypothecam ſortiatur, *l.aſſiduis*, *in fine*, *C.qui potior in pign.* Opus eſt ergo, ut dicamus, verba, *Multo potius*, referri ad prohibitionem alienationis, & obligationis: ita enim verum erit, ſi alienatio, & obligatio prohibetur in donatione propter nuptias, quæ eſt minus favorabilis, multo magis intelligatur prohibita in dote, quæ favorabilior eſt.

Sc-

Secundo, quia Juſtinianus prædictis verbis ſubjicit ſtatim hæc alia; *Jam enim hac ſufficienter delimata, atque ſancita ſunt*. In quibus ſe omnino refert ad ea, quæ jam ipſe ſtatuerat in *d. l.un. §. & cum lex*, *C. de rei uxor.action.* & repetierat in *d.§.1. Inſtitutionibus quibus alienare licet*. In his legibus nihil de prædicta exceptione meminit, ſed generatim ſtatuit, nullo caſu fundi dotalis alienationem, aut obligationem permitti.

Quæres II. quid faciendum ſit, ſi maritus alienet, vel obliget? Et reſpondet Accurſius in *d.§.1. v.interdicta*, nempe concedi eidem marito, ut contra factum ſuum veniat, conſtante matrimonio; nam cum quid contra legem fit, licet contra factum ſuum venire in odium recipientis, *l.Titia Sejo*, *§.ult. ff.de leg.2.* Ergo maritus eſt obligatus inquantum ad ſolemnitatem contractus; at quia res eſt alienari prohibita, lex impertitur marito, ut contra factum ſuum veniat. Ita dominus Colonos originarios, aut cenſitos, ſine fundo vendens, adverſus emtorem vindicationem habet, quia is contra legem mercatus eſt, *l.quemadmodum*, *C.de agric. & cenſitis, lib.11.* Ita quoque Prælato res Eccleſiæ contra præſcriptam a legibus formam alienanti, conceditur vindicatio, *cap. ſi quis Presbyterorum*, *de rebus Eccleſiæ non alien.* Ita tandem in Regno Baro, qui ſine Regis aſſenſu feudum alienat, Jus revocandi alienationem habet, Theodorus *alleg.96. num.21.*

Non obſtat Celſus in *l.per fundum*, *ff. de ſerv. ruſtic.* ubi ſi fundus plurium dominorum ſit, & unus ex his cedat mihi Jus eundi agendi, non poteſt contra ceſſionem venire. Reſpondetur enim, in ea ſpecie unum quidem ceſſiſſe, ſed non quaſi ſolus dominus eſſet, quo caſu ceſſio contra legem eſſet, *l.ſi quis per fundum*, *ff.de evictionibus*; ſed ceſſiſſe pro parte tantum ſua, quæ ceſſio valida eſt; & de hac ſermonem haberi, patet ex illis verbis: *Poteſt ſeparatim cedi*. Valuit ergo ceſſio, propterea cedens contra factum ſuum movere controverſiam prohibetur.

Neque etiam obeſt *l.venditor*, *ff.communia prædiorum*. Species eſt, quis duos fundos juxta maris litus habebat, unum vendidit, alterum retinuit: & venditioni eam legem dixit, ut emtor thynnos piſcari contra ſe non poſſet. Dubium fuit, an emtori, pacto non obſtante, piſcari liceret. Et Ulpianus negat, ne ſcilicet veniat contra factum ſuum, & tamen mare natura omnibus patet. Pro reſponſione dicimus, ibi ab Ulpiano duo diſtingui, primum eſt, ſi ea lex ne piſcari poſſet, dicta ſit ea mente, ut in mari ſervitus imponeretur. Et eo caſu Ulpianus docet, poſſe piſcari, licere contra factum ſuum venire, quia factum id contra legem publicam eſt. Hoc ſibi volunt verba illa: *Mari, quod natura omnibus patet, ſervitus imponi privata lege non poteſt*. Alterum eſt, ſi contrahentes id ſolum attenderint, ne de facto piſcaretur, ut in dubio præſumitur; & quia hoc contra legem non eſt, Ulpianus ait, eos venditionis lege obligari. Simili ratione, licite quis præſcribit Jus, ut ſolus in diverticulo fluminis publici piſcaretur, *l.ſi quiſquam*, *ff.de diverſ. & temp. præſcript.*

ſcript. quamquam uſucapere diverticulum non poſſit, nec eo prætextu alium a piſcando prohibere, *l.ult. ff. de uſucapionibus.*

Hæc vera ſunt, ſi factum ſit contra legem: quod ſi præter legem ſit, non poteſt quis contra factum ſuum movere controverſiam, veluti ſi pater emancipet filium non Jure, non ſolenniter, ut eſt ſpecies *l.poſt mortem, ff. de adoptionib.* ubi Bart.

Si uxor viro fundum æſtimatum in dotem dederit, eo pacto, ut ſoluto matrimonio uxori vir fundum eodem pretio reſtitueret, poteſt volente uxore fundus vendi; & ſoluto matrimonio poteſtas ſit viro, utrum velit, pretium, vel fundum reddendi, *l.ult.ff.de pactis dotalib.* Ex qua lege etiam habetur, ſi fundus æſtimatus centum, deinde vendatur ducentis, licet conventum ſit, ut eodem pretio redderetur fundus, ducenta tamen uxori præſtanda eſſe, Covarr. *pract.28. n.9.* Hanc tamen diſpoſitionem quidam credunt exemplum habuiſſe vigente lege Julia, Cumanus in *l.ſi æſtimatis, n.3. ff. eod.* Soccinus *conſ.57. n.3. lib.1.* Barboſa ad noſtram *l.1. par.5. num.2.*

II. Privilegium. Uxor non poteſt in re dotali remittere viro hypothecam: quod ſi remittat, nihil aget. Aliud eſt ſi remittat hypothecam, quam in rebus mariti obtinet, quæ remiſſio ſibi conſtat, *d.l.un. §.fin. C. de rei uxor.act.* ubi Juſtinianus hanc diſtinctionem adhibet ad conſtitutionem Anaſtaſianam, quæ eſt in *l.jubemus, C. ad Vellej.* ubi remiſſio hypothecæ inter virum & uxorem permittitur, ſcilicet ut intelligatur non in dote, ſed in bonis viri. Ideo autem in bonis viri valet, quia remiſſio pignoris non eſt interceſſio, ut ſi facta ſit a muliere, poſſit infirmari Senatusconſulto Vellejano: nec eſt donatio, ut ſi remiſerit hypothecam mulier, irrita fiat ex oratione Antonini, quæ donationem inter virum, & uxorem prohibet. Quare omnino licita erit, *l.quamvis, in princ. ff.ad Vell. l.etiam*, & *d. l jubemus, C.cit.tit.* In ſola dote hæc remiſſio ex privilegio nulla eſt, *d.l.un. §.fin.*

III. Privilegium. Si filia a patre heres inſtituta, & fideicommiſſo rogata, non habeat legitimam, quæ ad dotem congruam conſtituendam ſit ſatis, poteſt ſine fraude fideicommiſſi, ex bonis fideicommiſſo ſubjectis eatenus deducere, donec ſibi dotem congruam conſtituat. Quæ opinio communis eſt, & apud nos recepta ex Afflicto *deciſ.227. & 260.* Franchis *dec.241. & 613.*

Probatur id I. ex *l.mulier 22. §.cum proponeretur, ff.ad Trebell.* ubi reſpondet Ulpianus, filiam rogatam, ut ſi ſine liberis deceſſiſſet, hereditatem Titio reſtitueret; reſpondet, inquam, non poſſe dici in everſionem fideicommiſſi factum, ſi mulier inde ſibi dotem detraxit, quaſi rogata ſit reſtituere, quod detracta dote ſuperfuiſſet. Cujus rei rationem ita Ulpianus reddit: *Quod & mulieris pudicitiæ, & patris voto congruebat.*

II. Ex *auth.res quæ, C. communia de legatis*, ubi apertis verbis dicitur, non licere res fideicommiſſo ſubjectas alienare, vel obligare, niſi

le.

Digitized by Google

legitima portio liberis non ſit ſatis ad dotem congruam, vel donationem propter nuptias. Quæ authentica excerpta eſt ex authentico *de reſtitutione, & ea quæ parit*.

Hæc tamen intelligunt I. Si filiæ alia bona libera non ſint; nam ſi tantos fructus ex hereditate mulier percepit, ut inde poſſit doti ſatisfieri, utique nihil ex fideicommiſſo detrahi poteſt, *d. §. cum proponeretur, in fine*. Sed ſi pater fideicommittendo expreſſe dixerit, licere filiæ pro dote fideicommiſſum minuere, eo caſu etiam extantibus aliis bonis liberis, poteſt fideicommiſſum pro dote diſtrahi, ne verba teſtatoris vana ſint, Marin. 2. *reſ.* 16. Idipſum de donatione propter nuptias dictum eſto.

II. Ut locum non habeant, ſi filia ſine dote nupta ſit: quippe Ulpianus in *d.§.cum proponeretur*, nominatim ait, mulierem nubendo, marito dotem certæ quantitatis dediſſe. Ita nec locum habent pro eo, quod intereſt dotis, Alex. *conſ.* 56. Aretin. *conſ.* 37.

III. Ut procedant in filiis, ſive etiam liberis, non in aſcendentibus, aut collateralibus, & multo minus in extraneis fideicommiſſo gravatis; quippe in *d.§.cum proponeretur*, filiæ mentio eſt: & in *d.auth.res quæ*, liberorum, Peregrinus *de fideicomm. art.* 42.

Nihil tamen horum Antonio Fabro arridet, qui 8. *conject.* 12. docet, res fideicommiſſo ſubjectas nunquam pro dote poſſe diſtrahi, etiamſi filiæ legitima ad dotem congruam ſatis non ſit. Nempe quia pater teſtando, ubi legitimam filiæ reliquit, de reliquo ſuo patrimonio poteſt, prout libet, diſponere, *§.aliud quoque, auth.ut cum de appellatione*. Quocirca ſi pater filio minus legitima reliquerit, iſte non niſi ad ſupplementum aget condictione ex *l.quoniam in prioribus*, *C. de inoff.teſtam.* Ergo cum pater filio, vel filiæ legitimam reliquit, nihil ex fideicommiſſo eſt detrahendum, ne alioqui videatur pater non ad legitimam, ſed ad dotem congruam adſtrictus.

Ex hac tamen regula excipit Faber, cum teſtatoris voluntas in contrarium urget, ut eſt in caſu ſingulari adducto ab Ulpiano in *d.l.*22.*§.cum proponeretur*, ubi fuit filia fideicommiſſo rogata non ſimpliciter, ſed ſub conditione, *Si ſine liberis deceſſiſſet*. Ex qua conditione tacita patris voluntas fuiſſe videtur, ut filia matrimonium contrahat ad liberos ſuſcipiendos pro excludendo fideicommiſſario; quamvis enim ſine matrimonio liberi ſuſcipi poſſint, id tamen neque patris voto congruit, neque pudicitiæ mulieris, ut Ulpianus notat. Ad matrimonium autem facilius contrahendum dos exigitur, quam nullam filia in ſpecie Ulpiani habebat, ut quæ rogata erat hereditatem reſtituere; tempore enim Ulpiani etiam legitima poterat gravari, & reſtitutioni ſubjici, *d.l.quoniam in prioribus*. Et hinc patet, quid primo argumento adverſariorum reſpondendum ſit.

Supereſt, ut ſecundo ſatisfaciamus, quod deducebatur ex *auth. res quæ, C.communia de legatis*, quæ authentica Juſtiniani non eſt, ſed Codici in-

Inſerta ab Irnerio, qui eam quidem excerpſit ex Juſtiniano in *auth. de reſtitutione, & ea quæ parit*, ſed non ex fide; alia enim eſt ſententia authenticæ, alia authentici; quippe Juſtinianus privilegium imminuendi injunctum fideicommiſsum filiæ, vel filio, conceſſit non in caſu conſtitutionis dotis, vel donationis propter nuptias, nec in omni reſtitutione, ſed in ſpecie ſingulari, cum nimirum filiusfam. patre vivo uxorem duxit, & dotem accepit, & ad donationem propter nuptias ſe obligavit: deinde pater in ultimis conſtitutus ſolam legitimam filio reliquit, ceterumque patrimonium fideicommiſſo ſubjecit. Ex quo nurus moriente marito, non poterat ſibi facere ſatis in ſola legitima, quam ei pater reliquerat. Hoc quidem caſu Juſtinianus ſancit, fideicommiſſum poſſe diminui; nam cum filiusfam. dotem accipit, & ad antiphernam ſe obligat, vivo & conſcio patre, id omne debitum patris videtur, qui proinde non poteſt fideicommittendo fruſtrari nurum.

Itaque authentica Irnerii non conſonat Juſtiniano, & parvi facienda eſt. Nec hæc eſt nova de Irnerio querela, quod Jura Novellarum non ubique fideliter tranſcripſerit. Ipſe quoque Accurſius in *auth. ceſſante, v. proximo gradu, C. de legit. heredib.* & in *auth. defuncto, v. ubi nullo, C. ad Tertull.* de hac incogitantia Irnerium accuſat. Zaſius quoque *conſ. 4. n. 7. lib. 1.* ait, non curandum de *auth. poſt fratres 2. C. de legit. hered.* ſed videndum eſſe, quid corpus autenticum velit. Henricus Bocerus *1. de homici. 3. num. 155. & ſeq.*

IV. Privilegium. Dos licet donatio ſit, tamen ex privilegio non inſinuatur; quamvis excedat ſummam 500. aureorum, etiamſi extraneus, id eſt, qui mulierem in poteſtate non habet, dotem det; quippe eam maritus accipit recte, nulla facta in actis publicis inſinuatione, *l. ult. C. de Jure dotium*. Olim tamen ſi extraneo dotem pro muliere danti animus fuiſſet donandi mulieri (quem animum videtur habuiſſe, ſi eam dotem ſibi non receperit in caſum ſoluti matrimonii) ea donatio, ſi exceſſiſſet ſummam, non valebat, niſi inſinuata fuiſſet. Quod Juſtinianus ſubſtulit in *d. l. ult. §. ſancimus*, ſtatuitque donationem ab extraneo factam mulieri dotis conſtituendæ gratia, ſi eam ſibi extraneus non receperit, non indigere inſinuatione.

Secus eſt in donationibus propter nuptias, quæ ſi excedant ſummam a legibus præfinitam, non valent ſine actorum, ſeu monumentorum inſinuatione & ſcriptura, niſi fiant mulieribus minoribus 25. annorum, *l. minoribus, C. de donat. ante nuptias, d. l. ult. §. ſimili.*

V. Privilegium. In venditione non conceditur reſciſſio, niſi venditore læſo ultra dimidium juſti pretii: quo caſu electio datur emtori, ut rem reſtituat pretio recepto, vel ut ſuppleat, quod deeſt juſto pretio, *l. 2.* & *l. ſi voluntate 8. C. de reſcind. venditione*. Et ratio facit, licet non ſit lege comprehenſum, ut emtori etiam ſubveniatur, ſi dimidio pluris emerit, eadem electione data venditori, ut vel pretium reddat, quod ac-

accepit, & rem accipiat, vel ut quod ſoluto pretio ſupereſt, reſtituat; *l.1. §.ſi quod in fraudem, ff.ſi quid in fraudem patroni.* Vide Harm.3. *Prochiri* 3. & Cujacium in *d.l.2.* Ob aliam læſionem, quæ ſit citra dimidium juſti pretii, actio non conceditur, ne commercia turbentur, & Reſpublica perpetuis litibus affligetur; nam emtor votum habet comparandi quam minimo poteſt, venditor diſtrahendi quam maximo; & plerumque diu inter ſe de pretio diſceptant, ante quam conſentiant, ut notatur in *d.l.ſi voluntate.* Hæc media non improbantur, *l.res bona, ff.de contr.emt.* & poſt D.Th. tradit Sotus 6. *de juſtit. & jur. qu.2. art.3.*

Non ita ſe res habet in dote æſtimata, in qua licet emtio venditio contrahi intelligatur, ut vir ſit emtor rerum, quarum deinde pretium pro dote retinet, *l.plerumque, §.ſi ante, ff.de Jure dotium, l.quoties, C. cit.tit.* tamen quæcumque læſio attenditur, quamvis citra dimidium pretii juſti: idque ſive læſa ſit uxor, quæ vendit, ſive vir, qui emit, *l.Jure ſuccurſum, §.fin. ff. de Jure dotium*, Afflict. *deciſ.270. num.3.* Cujac.17. *obſ.1. ad finem.* Si in æſtimationis modo læſa ſit uxor, erit arbitrium mariti, utrum juſtam æſtimationem, an potius rem præſtet. Vide Ulp. in *l.ſi res æſtimata, §.1. ff.de Jure dotium.*

Ex hac diſparitate conſtat, aliam bonam fidem locum habere in emtione, & venditione, aliam in dote æſtimata. Quippe duplex bona fides eſt, una ſecundum merum Jus naturale, & gentium, altera temperata præceptis civilibus, & prætoriis. Exemplum eſto. Reus capitalis judicii depoſuit apud te centum, is deportatus eſt, bonis publicatis. Ex bona fide ſecundum naturale Jus, & gentium, ei, qui depoſuit, centum reſtituenda ſunt. At ex temperamento legis civilis, in publicum deferenda ſunt. Quod magis in hac ſpecie fieri debet; *nam male meritus publice, ut aliis exemplo ad deterrenda maleficia ſit, etiam egeſtate laborare debet*, ut verba ſunt Tryphonini in *l.bona fides, in princ. ff.depoſiti.* Itaque cum in dote æſtimata ob quamcunque læſionem ſuccurratur ei, qui læſus in emtione & venditione non niſi ob læſionem ultra dimidiam partem juſti pretii; inde fit, ut in dote æſtimetur bona fides ad merum Jus naturale & gentium, in reliquis emtionibus & venditionibus, æſtimetur cum præceptis civilibus & prætoriis, ut recte notat Barboſa in *rubr. hujus tit. par.4. num.25.*

VI. Privilegium. Ceſſat Senatuſconſultum Vellejanum, ſi mulier pro dote filiæ res ſuas genero obligavit, ut ex Prudentum ſententia receptum eſt, *l.ſi dotare, C. ad Vellejan.* Loquitur lex de filia, ſed idem eſt, ſi mulier pro alterius fœminæ dote ſe obligaverit, ex *l.ult. C.cit. tit.* Loquitur etiam de dote conſtituenda, ſed receptum eſt idipſum, ſi pro dote reſtituenda intercedat, Baldus Novellus *de dote par.6. priv.12.*

Verum quod attinet ad *d.l.ult.* verius eſt, in ea nullum dotis privilegium a Juſtiniano induci, ſed tantummodo generalem conſtitutionem ex receptis Juris regulis; ſancitur enim generaliter, ut ſi quis major 25 annis,

ſi

Digitized by Google

ſive maſculus, ſive fœmina dotem pollicitus ſit, vel ſpoponderit pro qualibet muliere, compellatur liberalitatem ſuam complere. Ex quibus conſtat, nullum ſermonem haberi de interceſſione pro dote, ſed de principali obligatione, cum quis ſcilicet ſpondet, vel pollicetur dotem pro muliere nubente; quo caſu dos donata cenſetur, *l.un. §.accedit, C.de rei uxor. act.* interceſſio autem, & non donatio ad Senatuſconſultum Vellejanum pertinet, *l.4. ff.ad Vellej.*

Et quod ſermo non ſit de interceſſione, patet ex illis verbis, *ſive maſculus, ſive fœmina*; quippe Senaſconſultum Vellejanum non maſculis, ſed fœminis ſuccurrit. Quod vero donatio ſit, patet ex illis, *liberalitatem ſuam oſtendit*, quod liberalitatis nomen donationi convenit, *l.1. ff.de donationibus*. Ita recte Ruinus in hac *l.1.num.*90.

Illud ergo tantum in *d.l.ult.* ſpeciale eſt, quod obligatio dotis ſubſtinetur, & actionem parit. Quod ante Juſtinianum conſtituerant Theodoſius Junior, & Valentinianus III. in *l.ad exactionem, C. de dotis promiſſione.* Unde fit, *d.l.ult.* ſub alieno titulo locatam eſſe; vel enim pertinet ad *d.tit.de exactione dotis*, vel ad *tit. de pactis conventis*, quando in C.nullus *de pollicitationibus* titulus extat. Cujuſmodi leges plures in toto corpore Juris reperiuntur, & *Fugitivas* DD. appellant.

VII. Privilegium. Stipulatio alteri facta non obligat, niſi is, in cujus favorem convenit, ſibi dari, aut fieri ſtipuletur, quamvis qui alteri ſtipulatur, mater ſit, aut alius aſcendens, qui liberos in poteſtate non habeat. Idipſum eſt de pacto, *l.Seja, in princ. ff.de mortis cauſa capionibus*, *l.pactum, C.de pactis conventis*, ubi mulier cum viro convenit, ut ea mortua dos filiis emancipatis reſtitueretur. Nec filii reſtitutionem a patre ſtipulati ſunt. Mortua matre dotem petere nequeunt.

Reſtringitur hæc regula favore dotis, ex *l.Cajus, ff.hoc tit.* quippe avus ibi maternus dotem nepti conſtituens, ſtipulatus eſt, ſoluto matrimonio dotem nepti reſtitui. Paulus ait, permittendum eſſe nepti ex hac avita conventione, ne commodo dotis defraudetur (in P.F. eſt defendetur) utilem actionem habere: *Favore enim nuptiarum, & maxime propter affectionem perſonarum, ad hoc decurrendum eſt.*

Idipſum locum habet gratia libertatis, cujus favor maximus in Jure eſt; nam ſi ſervus donetur ea lege, ut vindicta manumittatur, ex conventione ſervo libertas præſtari debet, *l.qui Romæ, §.Flavius, ff.de verb. obligat.* id eſt ſervus ipſe contra donatarium agere poteſt, ut ſibi libertas præſtetur: nam cum ſervis cauſa libertatis eſt judicium, *l.vix ex certis in fine, ff.de judiciis.* Locum pariter habet in depoſito, quod tantum in fide conſiſtit; nam ſi quis res ſuas depoſuit hac lege, ut hæ reſtituerentur tibi, ex hoc pacto tibi datur actio depoſiti, *l.Publia, ff.depoſiti.* Locum tandem habet in donatione: veluti Titius prædium Sempronio donavit, ut id poſt tempus decennii reſtituat Cajæ, Diocletianus ſtatuit, Cajæ etiam non ſtipulanti utilem actionem juxta donatoris voluntatem com-

petere, quamvis de Jure veteri ſecus fuerit, *l.quoties*, *C. de donationibus*, *quæ ſub modo*.

Sed hic plura notanda ſunt. I. Ei, qui in his caſibus alteri ſtipulatur, tribui pariter actionem contra promiſſorem, ut modum, vel legem dictam impleat, *d.l.qui Romæ*, *§.Flavius*.

II. Actionem, quæ præſtatur ei, cui quis ſtipulatur, eſſe actionem utilem, *d.l.quoties*, id eſt perſonalem præſcriptis verbis, ut ex ſententia Eudoxii Græci Scholiaſtis refert Theodorus *lib.*47. *Baſilicon tit.*1. *l.*72. Et ratio eſt, quia huic, cui juſſum eſt dari, vel fieri, quæritur actio ex negotio geſto inter contrahentes. Conſtat autem ex negotio nonniſi perſonalem actionem oriri. Quare fallitur Philippus Decius, qui eam utilem actionem in rem eſſe putavit. Vide Covar. 1. *reſol.*14. *a n.*3. *ad* 7. Giphan. in *d.l.quoties*, *a num.*5. *ad* 11.

III. Stipulatorem ex pœnitentia poſſe hanc legem, ut quid alteri detur, vel fiat, revocare, invito, vel ignorante eo, cui dari, vel fieri juſſum fuerat, Bart. Aleiat. & Duarenus in *d.l.qui Romæ*, *§.Flavius*. Et probatur ex *l.ſi quis*, *ff.de ſervis exportandis*, & ex *l.*1. *C.ſi mancipium ita fuerit alienatum*; ubi lex dicta venditioni, vel donationi ſervi, remitti poteſt: veluti vendo, vel dono tibi Stichum, ut poſtquam decennio tibi ſervierit, eum manumittas. Non completo decennio, licet me pœnitere, eamque manumiſſionis conditionem emtori, vel donatario remittere. Vide latius ſupracitos DD. qui reſpondent ad textus in *l.*1. *ff.qui ſine manumiſſione*, & in *l.ſi cum fundum*, *ff.de pactis*. Vide etiam Cov. & Giph.

IV. Quamvis textus in *d.l.Cajus* loquatur de avo materno, eum tamen DD. extendere ad alios omnino extraneos, qui mulieri ſtipulentur, Bald.Novell. *de dote par.*6. *priv.*28. Verum Faber *ibidem* id ſolum procedere docet inter cognatas perſonas, de quibus ſolum Paulus loquitur, qui non in ſimplici dotis favore nititur, ſed maxime in affectione perſonarum.

VIII. Privilegium eſt, ut in dote res ſuccedat loco pretii, & pretium loco rei, ſi hoc mulieri utile ſit, *l.ita conſtante*, *ff.de Jure dotium*. Puta maritus pecunia, quam recepit in dotem, emit prædium, prædium fit dotale: quod ſi a contrario prædium in dote fuit, eo vendito, pecunia eſt dotalis. Concordat textus in *l.res quæ*, *l.ſi ex lapidicinis*, *ff.cit. tit.* *l.ſi mulier dotis*, *l.cum maritus*, *in princ. ff.de pactis dotalibus*.

Obſtare videtur textus in *l.ex pecunia*, *C.de Jure dotium*, *l.fin. C.de ſervo pignori dato*, ubi fundus ex pecunia dotali comparatus, non eſt dotalis. Reſpondet Accurſius diſtinguendo, ut tunc demum res, vel pecunia dotalis fiat, ſi hoc actum eſt inter virum, & uxorem, id eſt, ſi ita convenit, aut ſi factum eſt nomine uxoris, ſecus non. Quod a Doctoribus communiter receptum eſt.

Si ex pecunia redacta ex venditione rei dotalis immobilis, emta deinde

inde ſit res mobilis, licet hæc illius vicem ſubeat, tamen non ſtatim, ſed poſt annum ſoluto matrimonio reſtituenda eſt, Rom. *ſingul.*228. Urſillus ad Afflictum *dec.*276.

Majus eſt pupilli & minoris privilegium; nam ſi tutor, vel curator pecunia ejus, cujus negotia adminiſtrat, prædia emat, quamvis in ſuum nomen, datur pupillo, vel minori utilis reivindicatio, *l.*2. *C.quando ex facto tutoris*. Majus etiam eſt militis, ex cujus nummis res ab alio emta ſuo pariter nomine, poteſt utili actione reivindicari, *l. ſi ut proponis, C.de rei vind.*

His exceptis caſibus, regula in contrarium eſt, ut res nummis meis emta, mea non fiat, ſed ejus, qui emit, *l.ſi patruus, C. communia utriuſque judicii, l.*1. *C.ſi quis alteri, vel ſibi*. Itaque res non ſuccedit in locum pretii, nec pretium in locum rei; quare nummus redactus ex pretio rei furtivæ, non eſt furtivus, *l. qui vas, §.ult. ff.de furtis*.

Hinc ſi quis ex nummis apud ſe depoſitis rem emat, licet furtum ita utendo nummis committat, deponens tamen in rem emtam nec dominium, nec hypothecam acquirit, *l.ſi ex eo, C. de rei vindic.*

Hinc etiam res ex uſuris emta, uſurarii eſt, non ejus a quo uſuræ expreſsæ ſunt, D.Thom.2. 2. *qu.*78. *art.*3. Abbas in *cap. naviganti, in fin. de uſuris*, Leotardus *de uſur. qu.*97.

Innumera alia dotis privilegia congerunt DD. qui nullo Jure probantur; meminiſſe enim oportet privilegium nullum eſſe, niſi Jure ſit expreſſum, DD. in *l.Jus ſingulare, ff. de legib.* & in *cap.*1. *de privilegiis*, Turaminus in *l.non puto, par.*1. *cap.*2. *ff. de Jure fiſci*. Quocirca recte Ripa, Alciatus, Decius, & Bolognetus hic docent, textum Pomponii in noſtra *l.*1. non habere locum, niſi tantummodo in cauſis a lege expreſſis, aut ſaltem in cauſis ambiguis, *l.in ambiguis* 86. *ff.de reg.Jur.*

De diviſione fructuum dotis, ſi non finito anno matrimonium ſolvatur, ad *l.fructus* 7. §.*Papinianus*, ſive ad *l. divortio, ff.eod.*

FRuctus percepti ante nuptias, veluti cum traditio fundi inæſtimati antiquior eſt nuptiis, augent dotem, & reddendi ſunt quandoque matrimonio ſoluto, quaſi dotales, *l. ſi ante* 6. *ff.eod. l.dotis fructus*, §.1. *l.ſi ſervo in dotem, ff. de Jure dotium*. Quod ſi ſponſus eos fructus impendit quaſi ſubſtinens onera futuræ uxoris, ei ſuccurritur, ne reſtituat, ut docet Azo, & ex lege municipali Bononiæ ſervari memorat Accurſius in

circa ſi ponas matrimonium initum Kal.Januarii, & fundum dotalem traditum viro ſuprema die menſis ſequentis; ſoluto deinde matrimonio pridie Kal.Maji, vir ſextantem fructuum feret, quia poſt traditum fundum, ſtetit matrimonium duobus tantum menſibus; uxor vero dextantem, quia decem menſes innupta manet; nulla in hac re ratione habita menſium Januarii, & Februarii, qui traditionem fundi præceſſerunt, ut infra in quæſtionibus.

Quod ſi bis uno anno fructus colligi contingat, ut in agris irriguis, annus in duos ſcindetur, attenta collectione fructuum. Propterea ſi primi fructus intra ſemeſtrem colligantur, is ſemeſtris pro anno computabitur: & ſequentes ſex menſes, quibus alii percipiuntur, pro novo anno habebuntur, ut in noſtra *l.divortio*, *§. quod in anno*. Hinc ſi uxor ad ſeptimum menſem diem ſuum obeat, fructus primo loco collectos maritus integros lucrabitur, non ſecus quam ſi anno ſolido matrimonium duraſſet: fructus vero ſecundi in diviſionem venient ſic, ut maritus lucretur unciam pro uno menſe anni reſtricti ad ſex menſes, Joſeph. Ludovicus *deciſ.79.num.*19. Turaminus hic *cap.*4. *num.*12.

Non diſſimiliter in ſilvis cæduis, quæ ad quindennium renaſcuntur, quindennium pro anno computabitur, *d. §.quod in anno*. Et matrimonio per quinquennium manente, vir ex fructibus ſilvæ ceduæ conſequetur trientem, uxor beſſem.

Quod diximus de anno ſecto in duos ob duplicem fructuum collectionem, verum eſt quando collecti novi fructus, & alii de novo feruntur; tunc enim videntur fructus duorum annorum. Quod ſi fundus in uno anno duplices fructus ferat, qui ſimul creſcant, licet diverſis temporibus colligantur, ut ſi ferat meſſem, & vindemiam, hi omnes fructus pro hornis habentur, & dividuntur pro rata parte anni, qui duodecim menſibus conſtare intelligitur, *l.ſi fundus*, *§.ult. ff.eod.* Quod ſi in eodem fundo primo feratur triticum, & eo collecto, feratur deinde milium, adhuc annus ſcindetur in duos; quamvis repugnet Bartolus, Jaſon, & Alexander hic in *d.§.quod in anno*, moti ex eo, quod milium ſeritur, ut fundus pingueſcat pro tritico ferendo.

Et hæc quidem in inſtituenda diviſione fructuum dotis, generalia ſunt: neque in his ulla occurrit alicujus momenti difficultas. Arduum vero opus eſt, ſi contingat facta prædii dotalis locatio, ubi quædam ſpecialia ſunt, ex aliis noſtri Juris regulis pendentia, de quibus agitur in noſtra *l.divortio*, *cum duobus §§.ſqq.* quæ nunc explicanda ſuſcipiemus.

Itaque ſtatim initio regulam ita Papinianus concipit: *Divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit.* Difficultas erat, quoniam ex quo die locatio inita eſt, novus annus orditur, qui finitur vertente locationis die, alia ſcilicet die, qua annus matrimonii finit. Exempli gratia, prædium datum eſt in dotem Kal. Octobris, quod vir locavit Kal. Novembris

bris primis: annus locationis non exit, niſi pridie Kal. Novembris anni ſequentis, uno menſe ſerius, quam fuit abſolutus annus matrimonii. Quæ ſciſſio anni in duos gratia locationis, abſurda eſt, quia omnes fructus percepti ante locationem, tanquam fructus anni prioris, relinqueret integros viro. Et hoc eſt, quod vult Papinianus hic illis verbis: *Alioquin ſi collectis vindemiis, altera die divortium intercedat, fructus integros retinebit*. Quod eſſe abſurdum nemo non videt. Adde in ambiguo eſſe, quæ pars viro ex mercede locationis tribuenda eſſet; nam ſi ponas matrimonium ſolutum menſis Januarii ſuprema die, & quadrantem viro tribuendum dicas, videris plus juſto dare, quia quadrans iſte mercedis eſt quarta pars anni locationis, qui annus exibit uno menſe ſerius anno prædii in dotem dati. Augetur difficultas ex eo, quia fieri poteſt, ut colonus, qui conduxit prædium, exempli gratia, duodecim nummis, eam ſummam præſtet ob ſpem vindemiæ, quæ colligetur menſe Octobris, id eſt poſt completum nuptiarum, & prædii dotalis annum, alioqui conducturus multo minoris. Si ergo viro quadrantem mercedis dabis, fortaſſe plus juſto accipiet. Alio caſu aliquo e diverſo fieri poteſt, ut minus juſto accipiat, ut facile conſideranti patebit.

Eædem anguſtiæ occurrent, ſi ex locatione ſumamus deuncem, eo colore, quia ex Kal. Novembris, id eſt ex die locationis, ad finem anni prædii in dotem dati, undecim interſunt menſes. Et ex ea deunce in aſſem redacta, trientem viro præſtemus, quia matrimonium conſtitit quatuor menſibus, quot numerantur a Kal. Octobris ad ſupremam Januarii diem.

Viſum eſt ergo Papiniano regulam ita ſtatuere, ut caput anni locationis retrotrahatur ad initium anni, quo prædium in dotem datum eſt: ſive (quod perinde eſt) ut habeatur ratio temporis, quod locationem præceſſit, id eſt temporis, quod inter locationem & diem dati prædii interjacet. Ita enim annus per locationem non ſcinditur. Verum quia tempus interjectum fieri poteſt, ut fuerit ſterile, fieri etiam poteſt, ut fuerit fertile, ideo Papinianus duos principales caſus examinat, quibus deinde tertium addit.

De primo Caſu.

Hic eſt initio noſtræ legis. Species ita ſe habet. Mulier pendente vindemia Kal. Octobris vineam dedit in dotem; mox vir, lecta uva, ex Kalendis Novembris primis eundem fundum locavit, & ſolutum eſt divortio matrimonium pridie Kal. Februarii. Atque ita ſtetit matrimonium quatuor menſibus. Quæſitum eſt, quemadmodum fructus ejus anni dividendi ſint inter virum, & uxorem. Quæſtionem his verbis Papinianus ſolvit. *Vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni*

ni confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur.

Hæc verba velut ſeminarium litium inter DD. fuere, qui in varias ſententias ſciſſi ſunt, maxima ex parte ineptas. Duæ præcipuæ ſunt, altera Cujacii, qui eam a Joanne Butcone Mathematico accepit: altera Duareni, cui adhæſit longa verborum ambage Alexander Turaminus. Utramque proponemus.

Itaque Cujacius 14. *obſ.*22. omnes vindemiæ fructus accipit, at ex mercede locationis non niſi quartam partem. Hæc confundit, & in unam ſummam colligit; hujus ſummæ tertiam portionem viro impertitur, reliquas duas tertias uxori: impertitur etiam uxori reliquum mercedis dodrantem.

In qua Cujacii diſtributione geometrica proportio ſatis apte obſervata videtur; quoniam enim matrimonium ſibi conſtitit quatuor menſibus, id eſt anni triente: ergo ſi fructus vindemiæ ſunt 24. viro non amplius 8. id eſt triens debetur; quare ſicut 12. menſes triplam habent rationem ad 4. menſes, ita 24. nummi tripli rationem habent ad 8. nummos. Præterea ut mulier eſt innupta 8. menſibus, nupta 4. quæ eſt ratio dupla: ita ipſa lucratur 16. nummos, vir 8. quæ itidem ratio dupla eſt.

Nec aliud eſt de mercede locationis, ex qua ideo accipitur quadrans, quia matrimonium a locatione tribus menſibus duravit. Quoniam vero matrimonium quatuor anni menſes ſtetit, ideo ex iſto quadrante ad aſſem redacto, triens debetur marito, bes uxori. Et erit eadem, quæ ſupra, proportio. Pone ergo in locatione 12. quadrans erunt 3. Hujus triens, id eſt unum viro dimittetur.

Quocirca, ut concludamus, quia matrimonium tertia parte anni duravit; vir tum ex fructibus vindemiæ, tum ex fructibus locationis (id eſt trium menſium) trientem deducet, id eſt ex vindemia 8. ex locatione unum.

Plura tamen ſunt, quæ objiciuntur contra Cujacium a Turamino hic *cap.*2. quæ vaniſſima ſunt, nec confutari merentur. Illud ſolum maxime obeſt Cujacio, quod Papinianus in principio notatæ *l. divortio* docet, viro amplius relinquendum, quam ſit quadrans locationis; ait enim fructus non dividi ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, ut mox etiam dicemus. Cujacius tamen ſemper eum locationis quadrantem diminuit, tantum abeſt, ut augeat; ſemper enim ex quadrante ſumit tertiam partem, & hanc tandem viro dimittit.

Proponamus modo ſententiam Duareni hic. Is ergo quartam partem mercedis ex locatione ſumit, ut jubet Papinianus. At fructus vindemiæ non ſumit omnes, ſed partem duodecimam, quæ confuſa cum quarta mercedis, tertiam viro tribuendam conficit. Ita ſcilicet. Sint in vindemia 12. in locatione etiam 12. Tres accipit de locatione, 1. de vindemia. Hæc 4, ſimul juncta viro dimittit pro quatuor menſibus, quibus matrimonium ſtetit. Hanc dicit eſſe tertiam locationis.

Digitized by Google

Fundamentum, quo nixus eſt Duarenus, totum eſt in illis Papiniani verbis: *Divortio facto fructus dividi ait, non ex die locationis, ſed habita ratione præcedentis temporis, quo mulier in matrimonio fuit.* Quibus Papinianus ſatis oſtendit, facta locatione in curſu noviſſimi anni, quo matrimonium ſtetit, non eam ſolum mercedis portionem tribuendam viro, quæ durante matrimonio decurſa eſt, ſed ampliorem; & propterea in præſenti tempore augendam ex fructibus præcedentis vindemiæ. Itaque quadrans mercedis eſt ſemper augendus ex vindemiæ fructibus: unde fit, ut ſemper quoque integer iſte quadrans viro dimittendus ſit, addita aliqua vindemiæ portione, quæ portio erit duodecima, id eſt unum, nam quadranti mercedis unum deeſt, ut æquet trientem mercedis. Præterea non immerito ex vindemia ſumitur duodecima, quia lecta eſt intra ſpatium unius menſis, qui eſt duodecima pars anni.

Tria tamen ſunt, quæ hanc Duareni expoſitionem infirmant. I. Quia unum annum ſcindit in duos, ut palam eſt ex eo, quod ex vindemia duodecimam ſumit, quaſi ex locatione novus annus ordiendus ſit. Quæ ſciſſio, ut vidimus, repugnat tum Papiniani verbis, tum etiam rationi, quia ſolum anni noviſſimi fructus dividuntur inter virum, & uxorem.

II. Quia Papinianus ſumit vindemiæ fructus. At Duarenus non accipit, niſi duodecimam. Nec eſt, quod cum Turamino dicas, a Papiniano haberi, ſumendos eſſe fructus *inſtantis anni*, inſtantem vero annum, quod attinet ad vindemiam, non eſſe niſi partem ejuſdem duodecimam; nam ita Turaminus primo duos diſtinguit annos; deinde non advertit, a Papiniano dici, *vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni*: quæ verba oſtendunt, & annum eſſe unum tam in quantum ad vindemiam, quam reſpectu mercedis, & inſtantem annum eſſe annum currentem. Et quidem latine *Inſtans annus* eſt qui currit, quia adhuc durat, non qui præteriit. Quæ ſciens Duarenus, vir linguæ latinæ peritiſſimus, non veritus eſt palam profiteri, ſuam opinionem cum Papiniani verbis pugnare.

III. Duareni calculus non ſemper tribuit tertiam mercedis marito. Nam licet in jam appoſito exemplo quatuor nummi, id eſt tres ex locatione, unus ex vindemia, conficiant trientem mercedis, quæ erant 12. tamen in aliis exemplis vel ab ipſo Turamino productis, id non accidit, quamvis Turaminus ob ſummam Arithmeticæ imperitiam, ſecus opinetur hic *cap*.3. Ponamus enim vindemiam æſtimatam 24. locationem factam nummis 12. Juxta computationem Duarenianam Turaminus deſumit ex locatione 3. ex vindemia 2. ita 5. præſtat marito. Et tamen iſta 5. non conficiunt trientem locationis. Quod ſi vice verſa fingamus in vindemia eſſe 12. in locatione 24. accipit ex locatione 6. nummos, ex vindemia 1. quæ ſimul juncta conficiunt 7. At 7. eodem modo longe aberrant a triente locationis.

Ex hactenus diſputatis manifeſtum arbitror, neutram ex his ſententiis

tentiis Cujacii, & Duareni, facile recipi poſſe; nulla enim ſcrupulo caret.

Itaque ut ex hoc labyrintho evadamus, alia omnino via ineunda eſt. Et ſane quam facillime omnes ambages & tricæ vitantur, ſi in Papiniani verbis adverbium *Ut* accipiatur pro *Ita ut*, quod a latinis Auctoribus ſæpiſſime ob elegantiam fit, ut in *l.licet in prædiis, ff.in quib.caſib.pignus*, & alibi ſæpe. Sic ergo verba Papiniani concipiamus: *Vindemiæ fructus, & quarta portio mercedis inſtantis anni, ita confundi debebunt, ut ex ea pecunia tertia portio viro relinquatur*. Ita locutus eſt Terentius, *Andria:*

> *Tum illa, ut conſuetum facile amorem cerneres,*
> *Rejecit ſe in eum flens quam familiariter.*

Plautus *Pœnulo*:

> .... *Olent*,
> *Salſa ſunt, tangere ut non velis*.

Horatius *lib.1. Sat.1.*

> .... *Dives*
> *Ut metiretur nummos*........

Senſus jam planus eſt, & facilis; quoniam enim viro non quadrans locationis tribuendus eſt, licet a die locati fundi tribus menſibus matrimonium ſteterit, ſed triens dimittendus eſt pro omnibus quatuor menſibus a prædio tradito lapſis; propterea fructus vindemiæ confunduntur cum quarta parte mercedis, non quomodocumque, ſed ita hactenus, ut fiat tanta pecuniæ ſumma, quæ æquet tertiam portionem mercedis. Nam verius ſenſit Duarenus verba illa, *Tertia portio*, referenda eſſe ad mercedem, non ad ſummam collectam ex fructibus vindemiæ, & ex quarta portione mercedis, quod facit Cujacius. Exempli gratia, ſint in mercede locationis 12. aut 24. quadrans erunt 3. aut 6. deſunt ad trientem 1. aut 2. totidem detrahemus ex vindemia, quantacunque fuerit, ut vir trientem ſolidum habeat.

Hæc explanatio omnia incommoda antecedentium opinionum evitat. Nam non ſcindit annum in duos, ſed unum ſervat: ſemper viro amplius relinquit, quam ſit quadrans mercedis: imo ſemper quadrantem auget in trientem. Aperit etiam cauſam, cur Papinianus ſimpliciter *Fructus vindemiæ* dixerit, nulla parte demonſtrata: quippe ex vindemia tanta pars detrahenda eſt, quæ addita quadranti mercedis augeat eum in trientem. Ponas ad trientem locationis 2. deeſſe, hæc indiſtincte a vindemia accipies, ſive vindemia æſtimetur tribus nummis, ſive quatuor, ſive quanticunque libuerit. Et propoſitio indefinita determinatur ex illo, *Ita ut*.

Petes, cur apud Papinianum non veniat in computationem ſpes futuræ mercedis, pro rata temporis, quo matrimonium ſtetit: ſed quartam tantum accipiat, quam ex fructibus vindemiæ auget in tertiam? Nam regula eſt, ut ſoluto matrimonio dividantur inter conjuges fructus

non ſolum qui collecti ſunt conſtante matrimonio, ſed etiam qui poſt ſperantur futuri, uſque ad anni complementum, *l.un. §.cumque*, *C.de rei uxor.act.*

Reſpondetur, venire etiam in computationem ſpem, ſed ſpeciali modo, cum in decurſu anni intervenit locatio. Quia enim caput anni locationis non initur ex die contractus, ſed retrahitur ad caput anni, quo prædium vir in dotem recepit, quod neceſſario fit, ne locatio ſcindat annum in duos; propterea vir etiam percipit de fructibus locationis, qui poſt ſolutum matrimonium ſperabantur futuri.

De ſecundo, & tertio Caſu.

Viſum eſt, ſi ante locationem annus fuit fertilis, proximum eſt, ut alterum caſum tractemus, cum præcedentes locationem menſes fuerunt viro ſteriles. Quo etiam caſu caput locationis, ne hæc ſcindat annum, retrahitur ad initium anni, quo prædium in dotem viro traditum eſt, ut proponitur in *§.e contrario*.

Species eſt. Mulier ſublatis vindemiis, ſtatim fundum dedit in dotem Kal. Novembris: vir locavit non ſtatim, ſed ex Kal. Martiis. Et Kal. Aprilibus primis matrimonium ſolutum eſt. Manſit ergo matrimonium quinque menſibus a die nuptiarum, & traditi prædii, uno menſe a die locationis.

Si locatio ſcinderet annum, vir non niſi duodecimam mercedis partem retineret: quod eſſet abſurdum. Ne itaque ſcindat, retrahenda locatio eſt ad Kal. Novembris, quibus prædium dotale viro traditum eſt. Unde tota merces ita dividetur, ut vir habeat quincuncem, uxor ſeptuncem. Quæ ex ſupra diſputatis clariſſima ſunt; dant enim lucem, & accipiunt viciſſim.

Ultimus caſus eſt, cum locatio fit non ad omnes fructus anni, ſed pro aliquibus tantum; ut ſi prædium nec vinea ſit, nec ſeminarium, ſed arbuſtum, quod fert meſſes, & vindemias. Vir ergo Kal. Januarii inito matrimonio, ex Kal. Martiis arbuſtum locavit, ea lege ut conductorem meſſes ſequerentur, ſibi vero ſepoſuit vindemiam. Solutum ſit matrimonium Septembris ultima die, poſt meſſes, & ante vindemiam. Quæritur, qua ratione fructus ſint dividendi? Reſpondet Papinianus in *§.item ſi meſſes*: *Nihilominus pecunia meſſium in computationem cum ſpe futuræ vindemiæ veniet*. Pecunia meſſium non eſt æſtimatio, ſed merces, ut cum Mercatore tradit hic Gothofredus.

Calculus ita eſt ineundus. Stetit matrimonium a die traditi fundi menſibus novem, a locatione menſibus ſeptem. Accipiet ergo vir ex mercede locationis ſeptuncem, quem ex fructibus vindemiæ augebit ad dodrantem; ita enim videbitur dies locationis a Kal. Martiis retroacta ad

Kal.

Digitized by Google

Kal.Januarias. Puta. In locatione ſunt 12. in vindemia 8. aut alia quævis ſumma. Viro dantur ex locatione 7.at ex vindemia quantacunque fuerit, dantur 2.quæ ſimul juncta conficiunt novem, qui eſt dodrans mercedis.

Hactenus de his. Supereſt modo poſt hanc lectam vindemiam, quædam veluti racematio, aut poſt meſſes ſpicilegium; nempe nonnullæ leves circa hanc diviſionem fructuum quæſtiones, quæ hic tandem enodandæ ſunt.

QUÆSTIONES.

QUæres I. Si uxor moram fecerit in tradenda dote, an fructus interim ab uxore collecti veniant in computationem pro rata temporis, an potius uxor eos ſibi integros lucretur.

Et dicimus, uxorem aliquando reſtituere fructus, aliquando obligari ad uſuras marito præſtandas. At ex quo tempore? Agit de hac re Juſtinianus in *l.ult. §.præterea, C. de Jure dotium*, diſtinguendo res, quæ promittuntur in dotem.

I. Ergo cum res in dotem promiſſæ ſunt immobiles, poſt ceſſationem biennii omnes fructus, & quæſtus earum rerum, uxor reſtituet marito, cui non eſt ſoluta dos intra biennium. Rebus immobilibus adnumerat Juſtinianus *Panes civiles*, qui *annonæ civiles* dicuntur in *l. hac edictali, §. bis illud, C. de ſecundis nuptiis*, ubi & immobilibus accenſentur. Et ſunt, qui in dies erogantur, quibus competunt, de publico: quique ædibus debebantur potius, quam perſonis, & venditis ædibus ſequebantur emtorem. Erant enim munera Principis pro extructis ædibus in urbe, quæ transferebantur in quemcunque poſſeſſorem earum ædium, *l.1. & 11. cum duabus ſeqq. C.Th.de annona civili, & pane gradili*: qui panes ideo dicebantur gradiles, quia piſtores eos in gradibus habebant diſpoſitos. Prudentius contra Symmachum *lib.1. v.584.*

Et quem panis alit gradibus diſpenſus ab altis.

Ut erudite notat Cujacius in *d.§.illud.* Immobilibus adnumerantur etiam mancipia ruſtica, quæ pars fundorum eſſe videntur, *d.§.bis illud*, & *l.jubemus, C.de Sacroſ.Eccl.* Tandem inter immobilia ſunt reditus certi, atque penſiones, quæ ex rebus immobilibus rediguntur, *d.§.præterea*.

II. Si aurum datum ſit in dotem, puta vaſa aurea. Et hujus auri, ſive æſtimati, ſive inæſtimati, pariter poſt biennium debentur marito uſuræ trientes, ſive uſque ad tertiam partem centeſimæ, *d. §.præterea, verſ. & ſi tota dos.*

III. Cum in dotem datæ ſunt aliæ res mobiles, veluti argentum, veſtes, mundus muliebris, & cetera id genus, videndum eſt, utrum hæ res æſtimatæ fuerint,an non. Si enim æſtimentur, poſt biennium marito præſtandæ ſunt uſuræ trientes, numerato biennio a die æſtimationis cujuſque rei, non a die ſummæ. Sed ſi inæſtimatæ ſint, non admittuntur uſuræ,

ſed

Digitized by Google

ſed obſervatur Jus commune, & lis conteſtata, *verſ.ſin autem alia*. Jus commune eſt, ut poſt litem conteſtatam debeantur fructus, *l.ſi homo* 8, *ff.de re judicata*, veluti ſi veſtimenta, aut ſcyphus petita ſint, in fructu id enumerandum eſt, quod locata ea re, mercedis nomine capi potuerit, *l.videamus*, *§.præterea*, *ff.de uſuris*.

Ex quibus plura colliguntur I. in rebus dotalibus ſtabilibus, auro, & rebus mobilibus æſtimatis, moram eſſe irregularem, id eſt contrahi ipſo Jure, in rem, ſine interpellatione, per ſolum biennii lapſum: at in rebus mobilibus, præter aurum, inæſtimatis, moram eſſe regularem, quæ contrahatur per interpellationem, & quidem judicialem, ut extrajudicialis ſatis non ſit.

II. Actionem ex ſtipulatu, quæ datur marito petenti dotem promiſſam, eſſe ſtricti Juris; nam in actionibus ſtrictis fructus debentur poſt litem conteſtatam, *d.l.ſi homo* 8. ut ſupra etiam dictum eſt cum Cujacio. Nec obſtat, marito deberi nonnunquam uſuras citra ſtipulationem, quod eſt in judiciis bonæ fidei, non in ſtrictis, *l.qui negotia*, *ff.mandati*, *l.Titius*, *ff.de præſcriptis verbis*, *l.3. C.de uſuris*; nam accidit aliquando ut ob favorem in judiciis etiam ſtrictis uſuræ veniant ipſo Jure, veluti favore pupillaris ætatis, *l.3. §.nonnunquam*, *ff.de uſuris*. Ita ergo favore mariti ſubſtinentis onera matrimonii, ex auro, & aliis rebus mobilibus æſtimatis debentur uſuræ ſine ſtipulatione, ſed poſt biennium.

III. Si maritus velit, non tradita dote, conſequi ſtatim uſuras, non expectato biennio, debet eas ſtipulari, *l.2. C.de dotis promiſſione*. Quod etiam oſtendit, actionem ex ſtipulatu marito competentem, eſſe ſtricti Juris, licet quæ uxori competit, bonæ fidei ſit.

IV. Lapſum biennii æquiparari litis conteſtationi, ut ex *d.§.præterea* docet Jaſon in *l.ſi mora*, *num.*21. *ff.eod.* & Boerius *conſ.*6. *num.*7. Unde Doctores tradunt, lapſum biennii in mora irregulari eam vim habere, ut ei tribuat effectus moræ regularis, contractæ per litis conteſtationem. Sic ergo, qui moram irregularem incurrit, poſt biennium tenetur de rei interitu, ut quiſque de eo tenetur poſt litem conteſtatam, *l.illud*, *ff.de petitione hereditatis*. Sic etiam, licet pro mora irregulari quis non teneatur ad id quod intereſt, quanti plurimi res valuit; ſecus tamen eſt lapſo biennio, ut pariter eſt poſt litem conteſtatam, *l. vinum*, *ff.ſi certum petatur*, & ibi Baldus, & Alciatus. Vide Corneum 4. *conſil.* 166.

Quæres II. An fructibus pendentibus, queat maritus, ſoluto matrimonio, fundum retinere, eo prætextu, quod fructuum portio ad eum pertineat?

Reſpondemus, fundum una cum fructibus ſtantibus uxori eſſe reſtituendum, *d.l.divortio*, *§.interdum*; quia enim fructus pendentes fundi pars eſſe cenſentur, *l.fructus*, *ff.de rei vind. l.fin. §.pen. ff.quæ in fraudem creditorum*; propterea ſi fundus reſtituendus eſt marito, utique in reſtitutionem omnes ejus partes venient, & proinde fructus ipſi ſtantes. Obligatur tamen uxor cavere marito, ſe reſtituturam fructuum partem, ubi eos percepit, *d. §.interdum*.

Quod

Digitized by Google

Quod ſi fructus maturi ſint, & proxime colligendi, ſunt qui putant fundum poſſe a marito retineri, quia fructus maturi pro collectis habentur; retineri vero donec ei ſatisfactum ſit, ex regula *l.un.§.ult. C. etiam ob chirographariam pecuniam*, ubi creditor, qui eſt in poſſeſſione pignoris, poteſt illud, ob exceptionem doli mali, retinere, niſi ea etiam pecunia reddatur, quæ ex chirographo debetur. Ita Campeg. *de dote par.2. qu.39.* Theſ. *deciſ.55. num.6.*

Verius tamen eſt, retentionem marito non concedi, quia fructus etiam maturi ſunt fundi pars, *d.l.fin. §.pen.* Unde ſi cui fundus vendatur maturis fructibus, fructus etiam emtori præſtantur, *l.Julianus, §.ſi fructibus, ff.de actionib. emti*: quod utique non eſſet, ſi haberentur pro collectis, *l.2. C. de actionib. emti*, Barboſ. in *d. §.interdum*, *num.5.* Sarmiento 6.*ſelect.15. num.3.* Nec quidquam urget textus in *d. l.un. §.ult.* cum fundus dotalis non intelligatur viro pigneratus pro fructibus ſoluto matrimonio percipiendis; aliter retentio non ſolum pro fructibus maturis, ſed pro reliquis omnibus viro competeret.

Porro ſatis eſt, ſi uxor viro caveat per nudam repromiſſionem; jubet enim uxor *cavere*, *d. §.interdum*, & cautionis verbum ſimpliciter poſitum pro nuda repromiſſione accipitur, ſine fidejuſſore, ſine pignore, ſine Jurejurando; quamvis aliud ſit, ſi dicatur *recte cavere*, vel *idonee cavere*, quibus rebus ſignificatur fidejuſſio, *l.3. C.de verbor. ſignif.* Accurſius in *d.§.interdum*, & poſt Bartolum, Baldus Novellus *par.8. priv.12.*

Nec prædictis obſtat textus in *l.habere, in fine, ff.de verbor. ſignif.* ibi: *Cautum intelligimus, ſive perſonis, ſive rebus cautum ſit*; nam recte ibidem Rebuffus notat, verba illa, *ſive perſonis, ſive rebus*, accipienda eſſe in tertio caſu, ut ſenſus ſit, cautum intelligi, ſive quis caveat in utilitatem perſonarum, ſive in utilitatem rerum, *l.venditores, ff. de verbor.obligat. l.ſi fidejuſſor, §.fin. ff.qui ſatiſdare cogantur.*

Et optimo Jure ab uxore non niſi repromiſſio exigitur, ut quæ ſocia mariti cenſetur, *l.1. ff.de ritu nuptiarum*, *l.adverſus, C.de crim.expil. hered.* ſocius autem ſocio nuda repromiſſione cavet, *l.verum, §.1. ff.pro ſocio.*

Et hæc quidem de noſtra *l.divortio*, de qua tantopere certatum, pro temporis anguſtia dixiſſe ſit ſatis.

FINIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

INDEX
RERUM, ET VERBORUM.

A.

Cceptilatio quomodo definiatur, de verb. oblig. pag.140.

An ſit contractus de Jure civili, cap.2. pag.149.

Acceſſio commodum poſſeſſionis quid ſit, de commod.poſſ. pag.58.

Actio ex ſtipulatu pro dote explicatur, ſol.matr. pag.444.

Actio pro legato tacito, de leg. & fid. pag.343. & ſeqq.

Actiones pro legato competentes, pagina 346.

Actiones pro dote, ſol.matr.pag.422. & ſeqq.& 431. & ſeqq.

Actiones concurrentes quæ ſint, pagina 81.

Actiones pœnales quando altera alteram non conſumat, pag.82.

Actiones ex uno facto in eadem re concurrentes in quibus caſibus altera alteram non conſumat, pag.83. & ſeqq.

Actiones ex uno facto concurrentes, ſi omnes rei perſequutoriæ ſint, altera alteram conſumit, niſi plus in poſteriore ſit, pag.89.

Actionem emendare, mutare, & cumulare, quomodo differant, pag.78.

Actor in judicio an cumulare poſſeſſorium & petitorium poſſit, pag.68. & ſeqq.

Agere interdicto quando liceat, cæpto judicio in rem, pag.78.

Aſſiſtentiæ judicium quid ſit, late explicatur, pag.94. & ſeqq.

B.

Onorum poſſeſſiones late explicantur, de leg. & fid. pag.387. & ſeqq.

Alia Edictalis, alia Decretalis, pag.388.

Inter utramque differentiæ, ibid.

An nomine alterius peti poſſint, pag.390.

Petitio quanto tempore præſcribatur, ibid.

Datio eſt mixti imperii, pag.391.

Jus acccreſcendi quomodo in eis locum habeat, pag.392.& ſeqq.

C.

Autio Legatariorum ob legem Falcidiam, de verbor. oblig. pag.202.

Civitas de dolo non tenetur, de acq. poſſ. qu.3. pag.32.

Clavium traditio poſſeſſionem transfert, de acq.poſſ.qu.6. pag.41.

Collegia & Municipia an poſſideant, de acquir.poſſ. qu.3. pag 30.

Collegiis & Municipiis an poſſit relinqui hæreditas, ibid.pag 32.

Conditio potior eſt commodum poſſeſſionis, pag.56.

Conditio an reddat actum individuum, vide *Individuum*.

Condictio certi in quibus differat a Condictione Triticaria, de verb.oblig. pag.267. & ſeqq.

Condictio de bene depenſis, quid, pag.268.

Condictio ob injuſtam cauſam, pagina 269.
Condictio ſine cauſa, ibid.
Condictio indebiti, ibid.
Conductio traditionem inducit, q.6. pag.44.
Confuſio actionum, cum creditor ſuccedit Debitori, vel econtra, explicatur, de leg.& fid.pag.321. & ſeq.
Conſignatio traditionem inducit, de acq. poſſ. qu.6. pag.44.
Conſtitutum quid ſit, & quos effectus producat, pag.91.& ſeqq.
Conſtitutum hypothecæ adjectam, quid operetur, pag.94.
Conſtitutum re abſente factum, an ſubſiſtat, pag.98.
Quibus modis finitur, pag.105.
An conſiſtat bonis futuris, pagina 103.
Corona memorialis quid, & an traditionem inducat, de acq.poſſ. qu.6. pag.45.
Corpora alia Continua, alia Concreta, alia Dejuncta, de verb.oblig. pag.254.
Creditor invitus an partem quantitatis, vel ſpeciei a Debitore recipere cogatur, de verb.oblig. pag.190. & ſeq.
Creditor ad rem emendam, debet ſibi cavere expreſſa hypotheca, non vero Creditor ad rem reficiendam, ſol. matr. pag.440. & ſeq.
Cumulare actionem quouſque in judicio liceat, pag.80.
Cumulatio judicii poſſeſſorii cum petitorio explicatur, pag.58. & ſeqq.
Ad quem finem fiat, pag.77.
Cuſtodiæ poſitio traditionem inducit, de acq. poſſ. qu.6. pagina 44.

D.

Debitor an & quando, præſtando id quod intereſt, liberetur, de verb. oblig. qu.un. pag.171. & ſeqq.
Debitor, qui illud aut illud debet, ſi utrumque ſolvat, quid juris, pag.247. & ſeqq.
Delegatum quid, de leg. & fid. pagina 286.
Demonſtratio rei traditionem inducit, de acqu.poſſ.qu.6. pag.43.
Dividui & Individui natura explicata, de verb.oblig. pag.176. & ſequ.
Dividua petitione & ſolutione quæ, pag.185.
Dividua, quæ in dando, pag.186.
Dividua, quæ in faciendo, pag.200.
Dividua petitione, Individua ſolutione, afferuntur & explicantur, pag.234. & ſeqq.
Genus, ibid.
Alterna, ſeu disjuncta, pag.237.
Divortium quibus verbis fiebat, ſol.matr. pag.404.
An liceat ob Uxoris adulterium, pag.406.
Dominium an transferatur ex ſententia Judicis, de acquir.poſſ. qu.6. pag.45.
Dominium rei legatæ an interdum ſit apud heredem, de leg.& fid. pag.297. & ſeqq.
Dos non eſt, ubi non eſt matrimonium, pag.409.
An ſit ante matrimonium, vel ſoluto matrimonio, pag.410.
Dos an donatio ſit, pag.411. & ſeq.

Digitized by Google

Dos non poteſt eſſe ſterilis marito, pag.412. & ſeqq.
Dos in re aliena recte conſtituitur, pag.414.
Dos ſola promiſſione conſtituta eſt vera dos, ibid. & ſeqq.
Dos an ſit Jus univerſale, vel potius particulare, pag.417. & ſeq.
Dotis uſus apud varias Nationes, ſol.matr. pag.407.
Dotis definitio, ibid. cum ſeqq.
Dotis incertæ promiſſio an valeat, pag.420. & ſeqq.
Dotis actiones, pag.422. & ſeqq.
Dotis dominium num ſit apud virum, an apud uxorem, pag.424. & ſeqq.
Dotis actio hypothecaria, pag.431. & ſeqq.
Dotis privilegia an transmittantur ad heredes, pag.441. & ſeqq.
Dotis reſtitutio ex judicio rei uxoriæ, pag.449. & ſeqq.
Dotis fructus quomodo fiant mariti, pag.451. & ſeqq.
Dotis præceptio datur etiam Filio exheredato, pag.452.
Dos nec emancipatione adimitur, nec exheredatione, pag.453.
Dos profectitia imputatur in legitimam, ibid.
Dos profectitia quando in collationem veniat, ibid. & ſeq.
Quid in Dote adventitia, pag.454.
Dos Profectitia, & Adventitia quomodo reſtituatur mulieri, pagina 453. & 454.
Dotis privilegia, pag.456. & ſeqq.
Qua ratione inducta, pag.457. & ſeqq.
Enumerantur, pag.460. & ſeqq.
Prohibitio alienationis, & obligationis, ibid.
Prohibitio remiſſionis hypothecæ viro, pag.463.
Dotis deductio ex Fideicommiſſo, ibid. & ſeqq.
Inſinuatio non neceſſaria, pagina 465.
Quæcumque læſio attenditur, pagina 465.
Ceſſatio S.C.Vellejani, ſi mulier pro dote filiæ ſuæ Genero res ſuas obligavit, pag.466.
Stipulatio alteri facta obligationem inducens, pag.467.
Ut res ſuccedat loco pretii, & pretium loco rei, pag.468.
Dotis fructuum diviſio, ſoluto matrimonio infra annum, pagina 469. & ſeqq.

E.

Edictum de alterutro explicatur, ſol.matr. pag.445.
Emendare actionem quid ſit, pagina 78.
Exemtio alicujus rei permiſſa traditionem inducit, de acq. poſſ. qu.6. pag.44.
Exæquatio Legatorum & Fideicommiſſorum, de leg.& fideic. pag.332. & ſeqq.
Extenſio ſive Mutatio fit per Fictionem de re ad rem, vel de loco ad locum, vel de perſona ad perſonam, vel de tempore ad tempus, pag.134. & ſeqq.

F.

Facta nuda, ſemper individua, de verb.oblig. pag.203.
Facta, quæ jus habent admiſtum, ſunt individua, ſi contineant In-

Individuum ſua natura, quamvis partes civiles admittat: dividua vero, ſi contineant quod diviſionem ſua natura in partes diſcretas & ſeparatas admittit, pag.203.
Facta alia dividua, alia individua, pag.211. & ſeqq.
Facta momentanea enumerantur, pag.212.
Facta ſucceſſiva quæ, pag.217.
Opera, ibid.
Operæ, pag.218.
Fictio brevis & longæ manus, quid, de acqu. poſſ. qu.6. pag.40.
Fictio per ſymbolum quid, ibidem pag.41.
Fictio legis Corneliæ quid, & quos effectus producat, pagina 108. & ſeqq.
Fictio quid ſit, pag.125.
Fictiones an recipiat Jus Canonicum, pag.128.
An Jus Gentium, ibid.
Fictio an & quando ad ea, quæ ſunt facti, pertineat, ibid.
Fictio an ſit in Adoptione, pag.129.
Fictio Inductiva quæ ſit, & in quibus locum habeat, pag.131.
Fictio Privativa quæ ſit, & in quibus locum habeat, pag.133.
Fictio Tranſlativa vel Extenſiva quæ ſit, & in quibus locum habeat, pag.134.
Fideicommiſſa & Legata in quibus exæquata ſint, de leg. & fid. pag.332. & ſeqq.
Fideicommiſſum quomodo & quando inducatur ex prohibitione alienandi, pag.347. & ſeqq.
Fideicommiſſum Familiare, Purum, & Conditionale, explicantur, pag.355. & ſeqq.
Friguſculum quid, ſol.matr. pagina 404.
Fructus dotis quomodo dividantur, ſi non finito anno matrimonium ſolvatur, pag.469. & ſeqq.
Fructus interim ab uxore collecti, qua moram fecit in tradenda dote, an veniant in computationem pro rata temporis, pagina 477. & ſeqq.
Fruitio eſt commodum poſſeſſionis, & quid ſit, pag.56.

H.

Heredes illius, qui promiſit dare rem dividuam ſub conditione pœnæ, cum inter ipſos diviſa ſit obligatio, an ſi unus non ſolvat, alter tantum, vel ambo pœnam committant, de verb.oblig.pag.194. & ſeqq.
Heredes plures in eadem oratione ſine parte ſcripti an cenſeantur re & verbis conjuncti, de leg. & fid. pag.365. & ſeqq.
Hereditas jacens an retineat poſſeſſionem, quam Defunctus acquiſivit, de retin. poſſ. qu.7. pag.45.
Hereditas etiam diviſa in plures heredes, una eſt, pag.263.
Hereditas eſt dividua, pag.264.
Heres repræſentat Defunctum in ſolidum, cum de re individua agitur, de verbor. oblig. pagina 263.

Digitized by Google

I.

INdividuus an reddatur actus ex conditione, de verb. oblig. pagina 179.
An ex legis prohibitione, pag. 181. & ſeq.
An ex jurejurando, pag. 284.
Individua petitione, & ſolutione, explicantur, pag. 206.
Individua, quæ in dando, afferuntur & explicantur, ibid. & ſeqq.
Individua, quæ in faciendo, pagina 211.
Individua petitione, ſolutione divi dua, afferuntur & explicantur, pag. 248. & ſeqq.
Infans quomodo acquirat poſſeſſionem, de acquir. poſſ. quæſt. 1. pag. 25.
Ingreſſio permiſſa traditionem inducit, de acq. poſſ. qu. 6. pag. 44.
Inſtrumenti traditione, quomodo transferatur poſſeſſio, de acq. poſſ. qu. 6. pag. 42.
Interdicta plerumque ſunt de poſſeſſione, aut quaſi, pauca quædam de proprietate & jure, & quæ ſit inter utraque differentia, pag. 59.
Interdictum Quorum legatorum explicatur, de leg. & fid. pag. 295. & ſeqq.
Inventarium, in quo non fideliter ſint deſcripta bona hereditaria, an ſit nullum, de leg. & fid. pag. 323.
Inveſtitura in Feudis transfert uſumfructum a Domino in Vaſſallum, de acqu. poſſ. qu. 6. pag. 41.
Sed contra, pag. 42.
Judex, cui ſimpliciter cauſa delegata eſt, an poſſit cognoſcere tam de poſſeſſione, quam de proprietate, pag. 76.
Judicium ſummarium eſt commodum poſſeſſionis, pag. 53.
Judicia poſſeſſoria quot ſint, ibid.
Judicium proprietatis & poſſeſſionis coram eodem Judice agitari debet, pag. 76.
Jus triplex, Eſſentiale, Potentiale, Operativum, pag. 127.
Jus accreſcendi late explicatur, de leg. & fid. pag. 360. & ſeqq. & 368. & ſeqq.
An habeat locum in conjunctione legali, pag. 371. & ſeqq.
An inter Legatarios verbis conjunctos, pag. 374. & ſeqq.
An tranſeat in Emtorem legati, pag. 377. & ſeqq.
Jus accreſcendi in bonorum poſſeſſionibus, pag. 392. & ſeqq.

L.

LEgatum annuum an unum, vel multiplex, de verbor. oblig. pag. 257. & ſeq.
Legati Etymologia, de leg. & fid. pag. 284.
Definitio explicatur, pag. 286. & ſeqq.
Legatum debet aliquod lucrum afferre Legatario, pag. 289.
Legatum turpe an valeat, pag. 290.
Legatum ſit verbis directis, pag. 291.
Legatum debet accipi a manu heredis, pag. 293. & 294.
Legatum purum jacente hereditate non eſt legatarii, ſed hereditatis, pag. 300.

Digitized by Google

Adita hereditate ne momento quidem acquiritur heredi, pagina 301. & ſeqq.
Acquiritur legatario etiam ignoranti, ſub conditione ſi agnoverit, pag. 306.
Agnitione acquiritur legatario facto ſuo, irrevocabiliter, pagina 307.
Legatum Partitionis quid, pag. 319.
Legatum a patre filiæ relictum an compenſetur cum dote, pag. 327. & ſeqq.
Legata, & fideicommiſſa in quibus exæquata ſint, pag. 332. & ſeqq.
Legatum quomodo tacite intelligatur relictum, pag. 343. & ſeqq.
Legatum quoad jus accreſcendi, pagina 360. & ſeqq. & 368. & ſeqq.
Legitum quoad Falcidiam, pag. 381. & ſeqq.
Libellus an emendari & mutari poſſit ſemper, & in omni judicio, uſque ad ſententiam, pag. 79.
Locatio de triennio in triennium non eſt una, ſed multiplex, de verb. oblig. pag. 256.
Locatio prædii in plures annos, certa dicta in ſingulos annos mercede, una eſt, pag. 261.

M.

MAnus brevis & longa quid, de acqu. poſſ. qu. 6. pag. 40.
Matrimonium quotuplex apud Romanos, ſol. matr. pag. 399. & ſeqq.
Matrimonium quibus modis dirimitur de jure civili, pag. 404.
Miſſio in poſſeſſionem commodum eſt poſſeſſionis, pag. 54.
Momentum, Momentaria poſſeſſio quid, pag. 59.
Mora in legatis præſtandis quomodo contrahatur pro curſu uſurarum, de leg. & fid. pag. 308. & ſeqq.
Mutare actionem, quid ſit, pag. 79.
Mutatio ſive Extenſio per Fictionem fit de re ad rem, vel de loco ad locum, vel de perſona ad perſonam, vel de tempore ad tempus, pag. 134. & ſeqq.

N.

NUnciatio novi operis, de verb. oblig. pag. 251.

O.

OBligatio verborum quotuplex ſit, pag. 139.
Obligatio verborum qualiter contrahatur in Dictione dotis, & Operarum promiſſione, ibid.
Qualiter in Stipulatione, & Satisacceptione, pag. 140.
Obligatio Generis, & Alterna, quomodo differant, pag. 239. & ſeqq.
Occultatio tituli, vel partis, eſt commodum poſſeſſionis, pag. 57.
Opera an individua, de verb. oblig. pag. 217.
Operæ num dividuæ, pag. 218.

P.

PActa in continenti adjecta, de verb. oblig. pag. 269.
Inſunt ſtipulationi, pag. 273.
An non ſolum ex parte Rei, ſed etiam Actoris, pag. 274. & ſeqq.

An

Digitized by Google

An ſicut in contractibus bonæ fidei, ita in contractibus ſtricti juris, ibid.

Panes civiles qui, ſol. matr. pag. 477.

Partitio quid, & an ſit modus univerſalis acquirendi, de leg. & fid. pag. 319.

Pignoris cauſa num indiviſa, de verb. oblig. pag. 220.

Pœna in Obligationibus faciendi quid operetur, & an individua, de verb. oblig. pag. 221. & ſeq.

Pœna certæ quantitatis ab omnibus heredibus committitur, pro parte, pro qua quiſque heres eſt, uno contra quam cautum eſt, faciente, ſi ſubdita ſit in Facto individuo, pag. 223. & ſeqq.

Pœna certæ pecuniæ ab eo ſolum herede, qui contra fecerit, pro parte ſua committitur, ſi ſubjecta ſit in Facto dividuo, pagina 227. & ſeqq.

Pœna in rebus individuis de Jure Canonico num committatur in totum, an pro parte, pag. 233.

Poſſeſſio quotupliciter, de a. vel o. p. qu. 1. pag. 2. & ſeqq.

Poſſeſſio, prout detentio eſt, unde dicatur, ibid. pag. 5.

Poſſeſſio an etiam mobilium vere dicatur, ibid.

Poſſeſſio quid ſit, qu. 2. pag. 7.

Poſſeſſio an recte dividatur in naturalem & civilem, qu. 3. pag. 9.

Poſſeſſio an poſſit ſimul eſſe penes duos, ibid.

Poſſeſſio naturalis de quibus uſurpetur, ibid.

Poſſeſſio naturalis quid ſit, & quid civilis, ibid. pag. 11.

Poſſeſſio civilis an ſit penes quemcumque, qui habet animum ſibi poſſidendi, qu. 4. pag. 11.

Poſſeſſio Facti ſit, an Juris, qu. 5. pag. 13.

Poſſeſſionis Jus, & poſſeſſionem Juris eſſe, valde differre, ibid. pagina 15.

Poſſeſſio civilis non tranſit in heredem, ibid. pag. 16.

Poſſeſſio quænam juſta, quænam injuſta, qu. 6. pag. 16.

Poſſeſſio Jure optimo maximo, quid, ibid. pag. 17.

Poſſeſſio an poſſit eſſe ejuſdem rei penes plures in ſolidum, qu. 7. pag. 18.

Poſſeſſio ſi a duobus alleg etur, a quoque in ſolidum, quid a Judice decernendum ſit, qu. 8. pagina 22.

Poſſeſſio ut acquiratur, quæ requirantur, de acquir. poſſ. qu. 1. pag. 23.

Poſſeſſio an aliquando ſine apprehenſione rei acquiri poſſit, ibid. pag 24.

Quid cum de favore Eccleſiæ agitur, ibid. pag. 25.

Poſſeſſio quomodo acquiratur per Infantem, ibid.

Poſſeſſio quomodo acquiratur Domino per Procuratorem, ibidem pag. 26.

Poſſeſſio an transferatur ex donatione inter virum & uxorem, ibid. qu. 2. pag. 28.

Poſſeſſio an ſit penes Collegia & Municipia, ibid. qu. 3. pag. 30.

Poſſeſſio an nobis ignorantibus acquiratur per ſervum vel filiumfamilias ex cauſa non peculiari, ibid. qu. 5. pag. 36.

Poſ-

Poſſeſſio quibus modis acquiratur, ibid. qu.6. pag.40.
Poſſeſſio ſolo animo retinetur, de retin.poſſeſſ. qu.7. pag.45.
Poſſeſſio quomodo amittatur, de amitt. poſſ. qu.8. pag.47.
Poſſeſſionis commoda quæ, pag.50.
Poſtliminii jus quid, & quos effectus producat, pag.108.
Prælatio inter conjunctos in legatis explicatur, de leg. & fid. pagina 378. & ſeqq.
Prælatio, quam mulier in hypothecа habet, an & quando ſit contra mariti Creditores expreſſam hypothecam habentes, ſol.matr. pag.433. & ſeqq.
Prælatio quibus caſibus non competat Mulieri in dote, pag.438. & ſeqq.
Prælatio mulieris in dote an transmittatur ad heredes, pag.441. & ſeqq.
Prælegatum quid, de leg. & fid. pag.286.
Precarium quibus modis finitur, pag.105.
Primipilus qui, ſol.matr. pag.439. & ſeq.
Prohibitio alienandi quomodo & quando fideicommiſſum inducat, de leg. & fid. pag.347. & ſeqq.
An ſi ſit conditionalis, pag.358.
Quid ſi ſit adjecta pœna, pagina 357.
Promittens pro alio, daturum eum, vel facturam, qualiter & quando obligetur, de verbor. oblig. cap.1. pag.144.

Q.

Quantitas inter Dividua, quæ in dando, numeratur, de verb.oblig. pag.186.

R.

Relegatum quid, de leg. & fid. pag.285.
Relevatio ab onere probandi eſt commodum poſſeſſionis, pag.56.
Remedium Juſtiniani in l.ult.C.unde vi, *eſt commodum poſſeſſionis*, pag.57.
Remedium Arcadii & Honorii in l.ſi coloni, C.de agric.& cenſ. lib.11. *commodum poſſeſſionis*, ibid.
Remedium Nicolai in can. redintegranda 3. qu.1. *ſive Innocentii III. in* cap.ſæpe, de reſtit. ſpoliat. *commodum poſſeſſionis*, ibid.
Res credita quid, de verb. oblig. pag.266. & ſeqq.
Retentio in quibus caſibus competat marito ob impenſas in dote factas, ſol. matrim. pag.446. & ſeqq.
An competat ſoluto matrimonio ob fructus pendentes, eo prætextu, quod fructuum portio ad maritum pertineat, pag.478.

S.

Satisacceptio quid ſit, de verb. oblig. cap.2. pag.146.
Scotatio quid, de acqu. poſſ. qu.6. pag.42.

Sen.

Sententia an ſit individua, de verb. oblig. pag.213.
An pro parte recipi poſſit, pro parte non, pag.253. & ſequ.
Servitutes prædiales an individuæ, de verb.oblig. pag.206.& ſequ.
Servitutes perſonales an individuæ, pag.210.
Servus, qui eſt in fuga, an Domino poſſeſſionem ſui intervertat, & eidem poſſeſſionem acquirat, de acqu.poſſ. qu.4. pag.33.
Servus fugitivus adhuc poſſidetur, ibid.
Servus Domino ignoranti poſſeſſionem acquirit, ſi Domini nomine rem apprehendat, ibid.qu.5. pag.39.
Species inter Dividua, quæ in dando, numeratur, de verb.obl. pag.187. & ſeqq.
Stipulatio qualiter definiatur, de verb.obl. cap.1. pag.141.
Stipulatio, niſi utroque loquente concipi non poteſt, ibid. pagina 142.
Nec cum abſente, ibid.
Concipi debet per verba futuri temporis, pag.143.
Debet habere congruam reſponſionem interrogationi, & quando ſecus, pag.144. & 145.
Continuo actu abſolvitur, non interrupto, pag.145. & ſeq.
An ſit contractus, cap.2. pagina 148.
An ſit contractus de jure civili, ibid.
Quam obligationem pariat, pagina 149.
An ſine cauſa valeat, quæſt.1. pag.150. cum ſeqq.
Ejus effectus, cap.3. pag.159. & ſeqq.
Alia in dando, alia in faciendo conſiſtit, & de utriuſque natura, cap.4. pag.167. & ſeqq.
Stipulatio incerti, ibid. pag.170.
Stipulatio Servitutis in dando conſiſtit, pag.196.
Stipulatio Prætoria ad Quanti ea res eſt, pag.200.
Rem ratam haberi, ibid. & ſequ.
Judicatum ſolvi, pag.202.
Cautio Legatariorum ob legem Falcidiam, ibid.
Stipulatio Rem reſtitui, an individua, pag.203.
An amplius non agi, pag.205.
An vacuam Poſſeſſionem tradi, pag.206.
Stipulatio Judicio ſiſti num individua, pag.212.
Sententiæ ſtare, ibid.
Rem tradi, pag.214.
Ire agere licere, Habere licere, Dolum malum abeſſe, abſuturumque, pag.215.
Stipulatio operis faciendi an individua, pag.217.
Stipulatio operarum, pag.218.
Stipulatio Rati an individua, pagina 231.
Stipulationes Prætoriæ an omnes dividuæ, pag.232.
Stipulatio Duplæ quomodo Individua, pag.248. & ſeqq.
Stipulatio Fructuaria individua petitione, dividua ſolutione, pag.250.
Stipulatio Damni infecti quando Individua, & quando Dividua, pag.251.
Stipulatio in operis novi nunciatione, ibid.

Digitized by Google

Stipulatio corporis dejuncti unica ſtipulatio eſt, non multiplex, pag.254.

Stipulatio legatorum una, quamvis plura ſint legata, pag.255.

Stipulatio ſubjecta pluribus rebus nominatim pactis, multiplex, ibid.

Stipulatio annua incerta & perpetua una eſt in omnibus annis, quamvis multæ ſint præſtationes, pag.255.& ſeqq. *Secus ſi certa*, ibid.

Stipulatio quid operetur in reddendo mutuo, pag.271.

T.

Tabellio pro abſente an etiam citra mandatum ſtipulari poſſit, de verb. oblig. qu.2. pagina 143.

Explicantur Textus in l.poſſeſſio quoque, ff. de acqu. vel amitt. poſſ. pag.13. & ſequ.

Textus in l.3. in princ. ff. eod. pagina 23.

Textus in l.quemadmodum, ff.eod. pag.49.

Textus in l.naturaliter, §.nihil commune, ff.eod. pag.58. & ſeqq.

Textus in l.quod meo, ff. cod. pagina 91. & ſeqq.

Textus in l.ſi quis pro emtore, ff.de uſurpat. & uſucap. pag.108. & ſeqq. & 125. & ſeqq.

Textus in l.2.3.& 4.ff.de verb.oblig. pag.176. & ſeqq.

Textus in l.4. § Cato, ff.eod. pagina 222. & ſeqq.

Textus in l.lecta 40. ff.de reb. cred. pag.269.& ſeqq.

Textus in l.Titia 34. §. qui invita, ff. de leg. & fideic.2. pag.327. & ſeqq.

Textus in l.1.ff.de leg.& fideicom.1. pag.332. & ſeqq.

Textus in l.filiusfamilias 117. §.Divi 2. ff.de leg. & fideicomm.1. pag.347. & ſeqq.

Textus in l. re conjuncti 87. ff. de leg. & fideicomm.3 pag.360. & ſeqq.

Textus in l.in quartam 90.ff.ad leg. Falcid. pag.381. & ſeqq.

Textus in l.1. ff. ſol. matr. pag.455. & ſeqq.

Textus in l. fructus 7. §. Papinianus, *ſive* l. divortio, ff. cod. pag.469. & ſeqq.

Et alii multi, prout occaſio ſe præbet, variis in locis explicantur.

Tituli occultatio commodum poſſeſſionis, pag.57.

Totius poſſeſſio acquiritur per traditionem partis, de acqu. poſſ. qu.6. pag 42.

Traditio ſpeciei inducit traditionem quantitatis, de acq. poſſ. qu.6. pag.43.

Traditio legalis quid, ibid.

Traditio ficta, quæ fundatur in vera traditione, poſſeſſionem transfert, de acq. poſſ. qu.6. pagina 45.

Reliqua vide latius in verbo Poſſeſſio.

Digitized by Google

V.

VAriatio an liceat poſt ſolutionem in obligatione alterna, de verb.oblig. pag.243.& ſeq.
An ante ſolutionem, pag.245. & ſeqq.
Venditiones plures, ſi una res pluribus pretiis vendita, pag.259. *vel ſi plures res uno pretio, cum limitationibus*, pag.260. & ſeqq.
Verborum Obligatio, *vide Obligatio*.
Unum ratione materiæ deductæ, de verb. oblig. pag.252. & ſequ.
Unum in diſtributione temporum, pag.255.
Unum ob pretium, vel mercedem, pag.259. & ſeqq.
Unum in numero perſonarum, pagina 263.
Uſucapio exigit bonam fidem, & proinde ſcientiam, de acqu. poſſ. qu.5. pag.39.
Uſucapio & Præſcriptio ſunt commodum poſſeſſionis, pag.55.
Uſucapio cœpta per ſervum an abrumpatur, Domino ab hoſtibus capto, pag.116.
Uſuræ quomodo currant in ſpecie textus in l.lecta, ff.de reb.cred. pag.273. & 280. cum ſeqq.
Uſuræ & fructus legatorum ex quo tempore præſtentur, de leg. & fid. pag.305. & ſeqq.
Uſusfructus exceptio inducit traditionem rei, de acq. poſſ. qu.6. pag.43.
Uſusfructus eſt ſimpliciter dividuus, de verb.oblig.pag.196. & ſeqq.
Utile per inutile an vitietur, de verb. oblig. pag.181. & ſeqq. & pag.253.
Uxor rem alienam ſibi a marito donatam uſucapere poteſt, de acq. poſſ. qu.2. pag.29.
Uxor vulgaris quæ apud Romanos, ſol.matr. pag.402.

Sacroſanctæ individuæ Trinitati Laus, Honor, & Gloria. *Amen.*

Digitized by Google

572.549

Digitized by Google